

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THIAGO ROCHA DA FONSECA

**CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DA ONU:
O CASO “IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO”,
ENTRE ALEMANHA E ITÁLIA (2008)
Uma hipótese sobre *jus cogens***

CURITIBA

2011

THIAGO ROCHA DA FONSECA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DA ONU:

O CASO “IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO”,

ENTRE ALEMANHA E ITÁLIA (2008)

Uma hipótese sobre *jus cogens*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Tatyana Scheila Friedrich.

CURITIBA

2011

Aos meus pais e avós

Pelo carinho e sacrifício

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho deve-se, em primeiro lugar, à disponibilidade, atenção e diligência que caracterizaram o trabalho de sua orientadora, a Prof.^a Tatyana Scheila Friedrich.

Ao lado dela, agradeço também aos professores que mais fortemente contribuíram para a minha formação jurídica: Gilda Maria Bergamini Muniz, Luís Fernando Lopes Pereira, Rodrigo Kanayma, Ulrich Manthe, Roberto Del Claro.

Ao espanhol Javier Hervada agradeço por ter-me feito enxergar a beleza da justiça.

Agradeço aos meus colegas Luiz Henrique Krassuski, Felipe Frank, Erick Vizolli e Thiago Lisboa de Carvalho, pela amizade sincera e pelo muito que ensinaram durante nosso curso de graduação.

Agradeço, por fim, à Universidade Federal do Paraná, aos seus funcionários e colaboradores, na pessoa de Jane do Rocio Kiatkoski, pelo apoio constante e exemplo de espírito de serviço.

EX * FACTO * ORITVR * IVS

LISTA DE SIGLAS

CDI	- Comissão de Direito Internacional
CEDH	- Corte Europeia de Direitos Humanos
CESPD	- Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas (29.04.1957)
CIJ	- Corte Internacional de Justiça
CPDI	- Corte Permanente de Direito Internacional (1922-1939)
CVDT	- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados Celebrados entre Estados (23.05.1969)
EVZ	- “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft” Stiftung (Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”)
RFA	- República Federativa da Alemanha

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
Arts.	- Artigos
cf.	- Confira
para.	- Parágrafo
v.	- veja

RESUMO

O ponto de partida do presente trabalho é o estudo do caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado” (Alemanha v. Itália), que tramita perante a Corte Internacional de Justiça da ONU. Dele extrai-se a pergunta central: um Estado renunciar a pretensões de nacionais seus derivadas de violação a direito internacional humanitário conflita com *jus cogens*? Procura-se responder a essa pergunta nas três partes que compõem a monografia. Na primeira, apresenta-se um relato do supracitado caso no *status* em que se encontrava em junho de 2011. Na segunda, analisam-se as normas peremptórias de direito internacional público – *jus cogens*, enfocando seu histórico e suas características. Para bem esclarecer o conceito, utiliza-se tanto a definição positivada quanto a diferenciação de outros tipos de normas de direito internacional público. Por fim, na terceira parte, faz-se a subsunção de uma situação hipotética de renúncia aos prerequisites de existência de conflito com norma imperativa de direito internacional público, utilizando-se, para isso, a metodologia alemã de análise de pretensões. O resultado do estudo é que, mesmo a prática dos Estados apontando em sentido contrário, a renúncia pelo Estado a pretensões de nacionais seus derivadas de crimes de guerra é inadmissível.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça. Crimes de guerra. Renúncia. *Jus cogens*.

ABSTRACT

The starting point of this research is the “*Jurisdictional Immunities of the States* (Germany v. Italy)” case, which is now pending before the International Court of Justice of the United Nations. The question this monograph intends to answer is extracted from the case: does the waiver by a State of one of its national’s reparation claim against a foreign State due to violations of international humanitarian law represent a breach of *jus cogens*? The three parts of this monograph attempt to answer this question. The first part presents a report about the case in the *status* it was in June 2011. In the second part, the peremptory norms of public international law are analyzed both in their historical and in their conceptual features. The clarifying of the concept is performed by means of its legal definition, as well as by differentiation from other public international law notions. Finally, in the third part a hypothetical situation of waiver is subsumed to the prerequisites of a conflict with a peremptory norm of international law, at which stage the German method of claim assessment is applied. The result of this study is the inadmissibility of treaty clauses waiving claims of individuals in consequence of war crimes, in spite of contrary State practice.

Key words: International Court of Justice. War crimes. Waiver. *Jus cogens*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PARTE I: RELATO DO CASO	19
2.1 ANTECEDENTES: O CASO FERRINI	19
2.2 IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA VS. ITÁLIA).....	22
2.2.1 Petição Inicial da Alemanha.....	23
2.2.2 Contramemória da Itália.....	24
2.2.3 Objeções Preliminares da Alemanha	29
2.2.4 Observações da Itália	36
2.2.5 Despachos da CIJ.....	43
2.2.6 A opinião dissidente do Juiz Cançado Trindade.....	48
3 PARTE II: AS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL	54
3.1 HISTÓRICO	54
3.2 CARACTERÍSTICAS.....	57
3.2.1 Definição e presença no direito posto	57
3.2.2 Distinção entre <i>jus cogens</i> e outros conceitos	59
4 PARTE III: AVALIAÇÃO DE HIPÓTESE.....	65
4.1 HIPÓTESE	65

4.2 AVALIAÇÃO	66
4.2.1 Existência de pretensão de reparação no plano do direito internacional titularizada, principalmente, por um indivíduo	67
4.2.1.1 Existência de dano.....	67
4.2.1.2 Existência de responsabilidade internacional pelo dano	69
4.2.1.2.1 Imputabilidade.....	69
4.2.1.2.2 Ilícitude.....	69
4.2.1.3 Titularização da pretensão de reparação pelo indivíduo ofendido	72
4.2.3 Existência de tratado	90
4.2.4 Existência de choque entre a cláusula de renúncia e o Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969	90
4.2.4.1 Norma	90
4.2.4.2 Norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto	96
4.2.4.3. Norma de que nenhuma derrogação é permitida	98
5 CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105
ÍNDICE ALFABÉTICO.....	108

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge do estudo do caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado”, entre Alemanha e Itália, que tramita desde 2008 perante a Corte Internacional de Justiça da ONU, na Haia, hoje aguardando sentença. Nele, a Alemanha aciona a Itália por ter esta supostamente admitido que suas cortes desrespeitassem a imunidade jurisdicional da primeira, ao permitir que demandas propostas por indivíduos, exigindo da República Federativa da Alemanha reparação por violações ao direito internacional humanitário perpetradas pelo Terceiro *Reich*, no bojo da Segunda Guerra Mundial, obtivessem sucesso e fossem executadas.

O estudo desse caso, porém, não constitui o objeto do presente trabalho, mas apenas o seu ponto de partida. Dos argumentos apresentados pelas partes ao litígio retira-se uma pergunta, ela sim constituindo o polo em torno do qual todo o discurso se vai desenvolver: a renúncia por um Estado a pretensões de reparação de nacionais seus vítimas de crimes de guerra constitui violação a norma peremptória de direito internacional público – *jus cogens*?

A monografia está dividida em três partes, cujo conteúdo corresponde a, respectivamente, fato, norma e subsunção.

Na primeira parte faz-se um relato do caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado” (Alemanha v. Itália). Começa-se por narrar um dos fatos que originaram esse processo: o caso Ferrini. Na sequência, apresenta-se um resumo do conteúdo das peças processuais protocolizadas até junho de 2011. Esse resumo compreende a situação concreta onde se origina a pergunta cerne da pesquisa: a cláusula de renúncia contida no Art. 77(4) do “Tratado de Paz com a Itália”.

A respeito da primeira parte do trabalho, é importante alertar que, nas citações aos documentos processuais de casos pendentes perante a Corte Internacional de Justiça, o trabalho faz uma diferenciação. Seguindo a sistemática proposta pela própria Corte, põe-se em destaque, com negrito, o nome atribuído ao caso pela CIJ. Entretanto, excepcionalmente nas citações aos *incidental* e *written Proceedings* do caso estudado mais detidamente neste trabalho (*Jurisdictional Immunities of the State – Germany v. Italy*), preferiu-se dar destaque não ao seu nome, mas ao documento em particular ao qual se está a fazer referência, uma vez que isso em muito deverá facilitar a atividade do leitor.

Outro detalhe metodológico vinculado à primeira parte do trabalho é a inserção de uma “linha do tempo”. Como esse passo do trabalho consiste, em boa medida, numa narrativa histórica, esse recurso também poderá tornar mais fácil a leitura e a compreensão do texto.

Além disso, deve-se também chamar a atenção para o fato de que o corte metodológico adotado por este trabalho não contemplou nem a abordagem do caso Dístomo (massacre ocorrido num vilarejo grego quando da retirada das tropas alemãs do país, pelo qual hoje alguns cidadãos gregos pleiteiam reparação) nem a intervenção da Grécia no processo.

A segunda parte do trabalho, correspondente à norma, trata, com efeito, das normas peremptórias de direito internacional público – *jus cogens*. Na primeira subseção, examina-se o desenvolvimento histórico do instituto. Na segunda, lança-se um olhar sobre a sua atual conceituação no direito posto e na doutrina, utilizando-se, neste último passo, a distinção entre *jus cogens* e espécies assemelhadas, de modo a conferir contornos claros à noção.

A terceira parte do trabalho, que se pode considerar a mais importante, trata da subsunção dos fatos colhidos à norma descrita. Tendo diante dos

olhos a afirmativa de Orakhelashvili, de que “[a] ausência de um catálogo exaustivo de normas peremptórias não representa um obstáculo para que o caráter peremptório de uma norma seja clarificado individualmente”¹, cumpre, nesse ponto, procurar responder à pergunta formulada inicialmente.

Para empreender essa tarefa, lançou-se mão da metodologia alemã da análise de pretensões (*Prüfung von Ansprüchen*)². Esta consiste na formulação de uma pergunta sobre a existência de uma pretensão, elencando-se, subsequentemente, todos os pressupostos cujo preenchimento deve ser verificado para que se confirme a sua existência. Finalmente, analisa-se individualmente o preenchimento ou não desses pressupostos na situação subsumenda.

Ao empregar essa metodologia, recorreu-se à formulação de uma hipótese, equivalente à situação da cláusula de renúncia do Art. 77(4) do “Tratado de Paz com a Itália”, abstraindo-se, entretanto, das vicissitudes históricas que a envolviam mediante o seu transporte para a realidade jurídico-internacional hodierna. Em outras palavras, a hipótese avaliada é a de um tratado contendo cláusula de renúncia a pretensões individuais de reparação por violação a normas de direito internacional humanitário celebrado na data de 31 de dezembro de 2011. Esse segundo aspecto do corte metodológico faz com que, com a devida vênia, se imite para mal a Hugo Grócio³. Ao deixar-se

¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 43.

² Conforme ensinado, por exemplo, em METZLER-MÜLLER, Karin; DÖRRSCHMIDT, Harald. **Wie löse ich einen Privatrechtsfall?** 4., neu bearbeitete Auflage. Stuttgart: Boorberg, 2005 ou, especificamente no ramo do direito internacional, KEMPEN, Bernhard; HILLGRUBER, Christian. **Fälle zum Völkerrecht**. München: C. H. Beck, 2009.

³ “Iniuria mihi faciet si quis me ad ullas nostri saeculi controversias, aut natas aut quae nasciturae provideri possunt, respexisse arbitratur. Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum.” – Ofender-me-ia quem entendesse que voltei o olhar para qualquer das controvérsias do nosso tempo, presentes ou vindouras. Posso jurar que, da mesma forma

de lado a realidade concreta que a decisão jurídica deve regular, o trabalho abre mão, em paga, da sua força *jurisprudencial* e, por conseguinte, exclui-se a possibilidade de valoração do juízo que sobre a questão fez a Corte Internacional de Justiça.

Referenciais teóricos do presente trabalho são, no plano da filosofia do direito, o realismo jurídico como concebido por Javier Hervada, bem como a obra jusfilosófica de Alfred Verdross. Para as questões gerais de direito internacional público atual, adotou-se um marco teórico brasileiro – Francisco Rezek (embora alguns pontos fulcrais do presente trabalho vão em direção contrária às lições dessa autor) – e um estrangeiro – Matthias Herdegen.

Por fim, especificamente sobre as normas peremptórias de direito internacional público, tomou-se por base o trabalho – pioneiro no Brasil – de Tatyana Scheila Friedrich, da Universidade Federal do Paraná, juntamente com a tese de doutorado pela Universidade de Oxford de Alexander Orakhelashvili, em que este examina o *jus cogens* de forma sistemática e profunda.

A escolha do tema do trabalho deve-se, de um lado, à fé na importância que tem a Corte Internacional de Justiça para o desenvolvimento e realização do direito internacional público, e, de outro lado, à relevância assumida pelas normas peremptórias de direito das gentes nas últimas décadas, normas essas que são hoje vistas por muitos autores como a possível base para a formação de um direito constitucional mundial.

como os matemáticos contemplam as suas figuras distanciando-se da realidade tangível – eu, ao tratar das questões jurídicas, abstraí de quaisquer fato concreto. GROOT, Hugo de. **Voorrede tot de drie boeken over het recht van oorlog en vrede**. In het Nederlandsch vertaald door Mr A. Dirkzwager en Czn Nielson met een toelichting over de beteekenis van het werk door Mr G. Belzer. The Hague: Martinus Nijhoff, 1952, p. 74.

LINHA DO TEMPO

- I. **8-9.09.1943** – A Itália põe fim à sua aliança com a Alemanha e une-se às Potências Aliadas. A Alemanha ocupa a Itália.
- II. **1944** – Unidades militares alemãs cometem um massacre durante a sua retirada da Grécia (caso Dístomo).
- III. **10.02.1947** – Tratado de Paz com a Itália (entrada em vigor em 15.09.1947).
- IV. **30.04.1957** – Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas (CESPD).
- V. **29.01.1960** – Itália ratifica a CESP.
- VI. **18.04.1961** – Alemanha ratifica a CESP. A Convenção entra em vigor entre as partes.
- VII. **31.07.1963** – Entra em vigor o *Indemnity Treaty*.
- VIII. **02.06.1961** – Assinatura dos dois Acordos de Ajuste entre Alemanha e Itália.
- IX. **16.09.1963** – Entra em vigor o “*Settlement of certain property-related, economic and financial questions*”.
- X. **1998** – Inicia-se o processo do caso Ferrini.
- XI. **11.03.2004** – O caso Ferrini é julgado pela *Corte di Cassazione*.
- XII. **18.11.2008** – Consultação Governamental Germano-Italiana (Trieste).
- XIII. **23.12.2008** – A Alemanha protocoliza junto à Escrivania da CIJ a petição inicial do caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha vs. Itália).
- XIV. **29.04.2009** - Despacho da CIJ fixando os prazos para Memória e Contra-Memória.

- XV. **04.05.2009** – Fixação dos prazos para a protocolização dos pedidos iniciais (*initial pleadings*).
- XVI. **23.06.2009** – Alemanha apresenta sua Memória.
- XVII. **23.12.2009** – Itália apresenta sua Contramemória.
- XVIII. **27.01.2010** – Reunião do Presidente da CIJ com os Agentes de Itália e Alemanha.
- XIX. **10.03.2010** – Apresentação das Objeções Preliminares da Alemanha.
- XX. **25.05.2010** – Apresentação das Observações Preliminares da Itália.
- XXI. **06.07.2010** – Despacho da CIJ em que esta decide pela inadmissibilidade da reconvenção italiana enquanto tal e fixa os prazos para a protocolização dos demais *written pleadings*.
- XXII. **14.10.2010** – Prazo para a Alemanha apresentar sua Resposta.
- XXIII. **13.01.2011** – A Grécia protocola junto à Escrivania da CIJ pedido para intervir no processo “*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*”.
- XXIV. **14.01.2011** – Prazo para a Itália apresentar sua Réplica.
- XXV. **17.01.2011** – Grécia pede permissão para intervir no processo.
- XXVI. **04.07.2011** – Despacho da CIJ permitindo à Grécia que intervenha no processo como “não-parte”.
- XXVII. **12.09.2011** – A CIJ inicia as audiências públicas referentes ao caso “*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*”.
- XXVIII. **16.09.2011** – Findam-se as audiência públicas promovidas pela CIJ relativamente ao caso “*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*”. A Corte inicia sua deliberação.

2 PARTE I: RELATO DO CASO

2.1 ANTECEDENTES: O CASO FERRINI

Depois da batalha de El Alamein, no Egito, a balança da Segunda Guerra Mundial passou a pender para o outro lado. A derrota do Eixo tornou possível aos Aliados iniciar o planejamento da retomada do continente europeu. Estados Unidos e Grã-Bretanha decidiram então que a invasão deveria começar na Itália, esperançosos de que, uma vez derrotados seus exércitos, o governo de Mussolini cairia.

E isso de fato aconteceu. Em 25 de julho de 1943 - três dias após a tomada de Palermo - o rei da Itália, Vítor Emanuel, destituiu Mussolini. Cerca de um mês depois, a Itália assinou um armistício com os Aliados e, em 8 e 9 de setembro de 1943, pôs termo à sua aliança com a Alemanha, juntando-se às Forças Aliadas.

Em consequência disso, a Alemanha nazista ocupou o país, perpetrando uma série de crimes contra a população italiana. De acordo com a Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”, “sob o regime nacional-socialista, aproximadamente 8,4 milhões de civis de fora da Alemanha (...) foram obrigados a prestar trabalho escravo ou forçado em campos de concentração (...) até o fim da Segunda Guerra Mundial”⁴.

Um desses crimes constitui a origem do caso estudado nesta monografia.

4 ERINNERUNG, VERANTWORTUNG UND ZUKUNFT STIFTUNG. **Origins of the Foundation EVZ.** Disponível na internet sob o endereço <http://www.stiftung-evz.de/eng/about-us/origins/>. Último acesso em 07.11.2011, às 19:17.

Em 4 de agosto de 1944, Luigi Ferrini, um jovem italiano de 18 anos, foi capturado na sua vila natal na Toscana, Talla, por militares alemães. Ferrini não era soldado nem pertencia a qualquer milícia guerrilheira. Deportado para o campo de extermínio de Kahla, próximo a Leipzig (leste do atual território alemão), ele foi compelido a trabalhar para a Reimagh Werke (Reich Marschall Hermann Göring Werke) e para a Messerschmidt, duas fábricas de armamentos que produziam principalmente aviões e mísseis. Ferrini permaneceu em Kahla até 20 de abril de 1945, quando foi transferido para outro campo de concentração. Foi só em agosto daquele ano que ele pôde retornar a seu país.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Itália assinou com as Potências Aliadas um tratado de paz, contendo a seguinte cláusula:

Sem prejuízo a estas ou a quaisquer outras disposições favoráveis à Itália e aos nacionais italianos por parte das Potência que ocupam a Alemanha, a Itália renuncia, em seu nome e em nome dos seus nacionais a todas as pretensões contra a Alemanha e contra nacionais alemães pendentes em 8 de maio de 1945, com exceção daquelas oriundas de contratos e de outras obrigações firmadas e direitos antes de 1º de setembro de 2011. Deve-se considerar essa renúncia como incluindo dívidas, todas as pretensões intergovernamentais respectivas a acordos firmados no curso da guerra, e todas as pretensões por perda ou dano surgidas durante a guerra.⁵ (traduzimos)

Apesar de seu direito a indenização ter sido objeto dessa cláusula de renúncia, passados 44 anos, Luigi Ferrini, que ainda sofre de uma ferida resultante da violência a que foi submetido durante o período em que prestou trabalho forçado, decidiu processar o Estado alemão.

Foi o início de uma longa peregrinação judicial, que acabaria por levá-lo à “Corte di Cassazione”, a suprema corte italiana.

⁵ Art. 77(4) do *Treaty of Peace with Italy* (Tratado de Paz com a Itália), concluído em Paris, em 10 de fevereiro de 1947.

Em 23 de setembro de 1998, Ferrini peticionou perante a Corte de Arezzo, em face da Alemanha, reparação pelos danos físicos e psicológicos que sofreu em decorrência do tratamento desumano a que foi submetido durante seu cativeiro. Entretanto, a Corte de Primeira Instância aplicou a norma que garante a imunidade devida a Estados estrangeiros por todos os atos por eles perpetrados no exercício dos poderes inerentes à soberania. Assim, a Corte entendeu que os juízos italianos não têm competência sobre essa matéria. Nesse sentido, ela ponderou que, apesar de o tratamento desumano infligido a Ferrini poder ser considerado um crime de guerra conforme o direito internacional da época, os atos praticados pela Alemanha tiveram caráter soberano.

Ferrini voltou-se para a Corte de Apelação de Florença, a qual manteve as conclusões da Corte de Primeira Instância. O caso do apelante foi levado então à Suprema Corte, que chegou a um resultado que representava *exatamente o oposto* das decisões anteriores. Destarte, a Corte Suprema asseverou que um Estado estrangeiro não pode gozar de imunidade por atos soberanos que possam ser simultaneamente classificados como crimes de guerra.⁶ (traduzimos)

O autor pedia à *Corte di Cassazione* que reformasse a sentença da *Corte d'Appello di Firenze* por ter esta declarado que “o dito princípio [imunidade judicial dos Estados] pode operar mesmo na presença da violação de uma norma de *jus cogens*, em particular daquelas relativas ao respeito à dignidade humana e aos direitos invioláveis da pessoa”⁷.

Ponderando esses argumentos, a Suprema Corte Italiana procedeu, em primeiro lugar, à definição das injúrias cometidas contra Ferrini. Ela as rotulou como crimes de guerra, em conformidade com a Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 95-I, de 11 de dezembro de 1946.

⁶ SENNA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. **The European Journal of International Law**. Oxford: University Press, vol. 16, n. 1, p. 89-112, 2005.

⁷ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Sezioni unite n. 5044/04, depositata l'11.03.2004. Luigi Ferrini v. Repubblica Federale di Germania. Pubblicata in Diritto e Giustizia, del 16.03.04. “*Il problema che si pone, infatti, è quello di accertare se l'immunità della giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che (...) assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali*”.

Antes de adentrar a outra questão levantada pelo recorrente – nomeadamente, se recorrer à imunidade seria possível quando o crime foi cometido no mesmo lugar onde a disputa está sendo julgada -, o Tribunal fez uma importante declaração:

O respeito pelos direitos invioláveis da pessoa humana já assumiu, com efeito, o valor de princípio basilar da ordem jurídica internacional (...). E a emersão de um tal princípio não pode deixar de ter um impacto na extensão dos outros princípios pelos quais a referida ordem é inspirada e, em particular, o da “igualdade soberana” dos Estados, ao qual está vinculado o reconhecimento da imunidade estatal perante a jurisdição civil estrangeira”.⁸ (traduzimos)

Ademais, a Corte apontou para a presente tendência de superar uma leitura estrita do princípio da imunidade jurisdicional dos Estados, tendência essa manifestada até mesmo pelos EUA, país conhecido por promover uma defesa acirrada desse princípio.

Entretanto, a ideia principal que a Corte deu a lume foi a de que a imunidade jurisdicional não pode ser invocada quando se está diante de um crime de guerra.

2.2 IMUNIDADES JURISDICIONAIS DO ESTADO (ALEMANHA VS. ITÁLIA)

O resultado do caso Ferrini foi bastante concreto. “Uma hipoteca judicial foi averbada no registro de terras em que está inscrita a Villa Vigoni, o

⁸ “Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il valore di principio fondamentale dell’ordinamento internazionale (in tal senso, oltre alle sentenze già ricordate, Corte internazionale di Giustizia 9 aprile 1949, Regno Unito c. Albania, 27 giugno 1986, Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua, 219). E l’emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera”. No local citado.

centro de encontros culturais ítalo-germânicos”⁹. E essa sentença da Suprema Corte Italiana não apenas pôs em dúvida a incontestabilidade da imunidade jurisdicional alemã, como também abriu caminho para um grande número de processos similares.

Assim, à luz de tais sucessos, e temendo as consequências de uma miríade de situações análogas, no dia 23 de dezembro de 2008, a Alemanha ajuizou uma demanda contra a Itália perante a Corte Internacional de Justiça.

2.2.1 Petição Inicial da Alemanha

A base factual da contenda – o caso Ferrini, principalmente – já foi retratada. Agora faz-se oportuno reproduzir os pedidos apresentados pela Alemanha à CIJ, que foram os seguintes:¹⁰

V. Pedidos.

14. Sobre a base das afirmações precedentes, a Alemanha pede à Corte que reconheça e declare que a República Italiana:

(1) ao permitir que demandas civis baseadas em violações do direito internacional humanitário pelo *Reich* alemão durante a Segunda Guerra Mundial, de setembro de 1943 a maio de 1945, fossem apresentadas contra a República Federativa da Alemanha, cometeu violações de deveres de direito internacional, por não respeitar a imunidade jurisdicional de que a República Federativa da Alemanha goza sob o direito internacional;

(2) ao tomar medidas coercitivas contra “Villa Vigoni”, propriedade do Estado Alemão utilizada para fins não-comerciais, também cometeu violações da imunidade jurisdicional da Alemanha;

(...)

⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Application instituting proceedings**. Protocolizado junto à Escrivania da Corte no dia 28.12.2008, p. 16, para. 11, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>. Último acesso em 07.11.2011, às 11:17. Traduzimos.

¹⁰ Omitiu-se da lista a petição referente à decisão das cortes italianas relativa ao caso Dístomo, pelas razões apresentadas na introdução.

Portanto, a República Federativa da Alemanha pede à Corte que reconheça e declare que:

(4) foi suscitada a responsabilidade internacional da República Italiana;

(5) a República Italiana deve, pelos meios que melhor lhe aprouverem, tomar todas e quaisquer medidas para assegurar que as decisões de suas cortes ou outras autoridades judiciais infringindo a imunidade soberana da Alemanha tornem-se inexecutíveis;

(6) a República Italiana deve tomar todas e quaisquer medidas para assegurar que, no futuro, as cortes italianas não receberão ações judiciais contra a Alemanha fundadas nas ocorrências descritas no n.º 1 acima.

15. A Alemanha reserva-se o direito de requerer à Corte que sugira medidas provisórias em conformidade com o Artigo 41 do Estatuto, caso medidas coercitivas sejam tomadas por autoridades italianas contra bens alemães, em particular prédios diplomáticos ou outros que gozem de proteção contra tais medidas, conforme as regras gerais de direito internacional.¹¹ (traduzimos)

Como ressalta Rezek, a imunidade jurisdicional que invoca a Alemanha é aquela que deriva de um argumento *a fortiori* construído a partir regra costumeira *par in parem non habet iudicium*: se um Estado soberano não pode sequer ser submetido, por exemplo, à jurisdição da Corte Internacional de Justiça contra a sua vontade, quanto menos poderá ser réu invito de uma demanda proposta em foro interno de outro Estado.

2.2.2 Contramemória da Itália

Enquanto a Alemanha alega que a Itália violou a sua imunidade jurisdicional, a Itália propõe que nenhuma violação foi cometida, uma vez que, no direito internacional, um Estado responsável pela violação de regras fundamentais não goza de imunidade em casos

¹¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Application instituting proceedings**. 28.12.2008, p. 18, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>. Último acesso em 07.11.2011, às 11:17.

nos quais conceder imunidade equivaleria a exonerar o Estado de arcar com as consequências jurídicas de sua conduta ilícita.¹²

A Contra-Memória da Itália, datada de 22 de dezembro de 2009, não apenas intentou rebater as alegações da Alemanha, mas também lhe opôs uma reconvenção. Dessa forma, a Corte foi provocada a reconhecer e declarar que:

(...) considerando a existência, no direito internacional, de uma obrigação de reparação devida às vítimas dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade perpetrados pelo III^o Reich:

1. A Alemanha violou essa obrigação relativamente às vítimas desses crimes de nacionalidade italiana ao negar-lhes reparação efetiva;
2. A responsabilidade internacional da Alemanha foi suscitada por essa conduta;
3. A Alemanha deve por fim à sua conduta delituosa, oferecendo reparação adequada e efetiva a essas vítimas, através dos meios que melhor lhe aprouverem, bem como mediante a conclusão de acordos com a Itália.¹³ (traduzimos)

A reconvenção é uma possibilidade admitida pelo Artigo 80 das Regras de CIJ:

Artigo 80. 1. A Corte pode receber reconvenção somente se enquadrada dentro da competência da Corte e diretamente conectada com objeto da demanda da parte contrária.
2. A reconvenção deve ser apresentada na Contra-Memória e deve figurar entre os pedidos nela contidos. O direito da outra parte de apresentar por escrito seus pontos de vista a respeito da reconvenção, numa petição adicional, deve ser assegurado, a despeito de qualquer decisão da Corte, em conformidade com o Artigo 45, parágrafo 2, destas Regras, relativo à apresentação de outras petições escritas.

¹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Counter-Memorial of Italy**. 22.12.2009, p. 130. Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16648.pdf>. Último acesso em 07.11.2011, às 11:21.

¹³ No local citado, p. 134.

3. Quando for levantada uma objeção relativamente à aplicação do parágrafo 1 ou quando a Corte julgar necessário, a Corte deverá decidir sobre a questão depois de ouvir as partes.¹⁴ (traduzimos)

Esse artigo das Regra da Corte estatui, no parágrafo 1, que, para ser recebida pela Corte, uma reconvenção precisa preencher dois requisitos: 1) estar compreendida na competência da Corte; 2) estar conectada com o objeto (*subject-matter*) da demanda da parte contrária.

Com relação ao primeiro desses requisitos, a Itália invoca o Artigo 1 da Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas – CESP, celebrada em Estrasburgo, em 29 de abril de 1957, em conexão com o Artigo 36, para. 1, do Estatuto da CIJ:

Capítulo I – Solução Judicial de Disputas

Artigo 1. As Altas Partes Contratantes deverão submeter ao julgamento da Corte Internacional de Justiça quaisquer disputas jurídicas internacionais que venham a surgir entre elas, em particular aquelas envolvendo:

- a a interpretação de um tratado;
- b qualquer questão de direito internacional;
- c a existência de qualquer fato que, se confirmada, constituiria uma violação a obrigação internacional;
- d a natureza e a extensão da reparação a ser prestada pela violação de uma obrigação internacional.¹⁵

Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

2. Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e

¹⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Rules of Court**. Adotadas em 14 de abril de 1978. Texto integral disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>. Último acesso em 16.06.2011. A redação atual foi introduzida por uma Emenda em vigor desde 01.02.2011.

¹⁵ Portugal não é parte à *European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes* (cf. lista dos países que a ratificaram no sítio da *United Nations Treaty Collection* sob o endereço <http://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028013f19a>. Último acesso em 07.11.2011, às 11:46). Por esse motivo, traduziu-se para o português a versão inglesa do dispositivo.

sem acôrdo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Côrte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela rutura de um compromisso internacional.

3. As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por -prazo determinado.

4. Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Côrte.

5. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acôrdo com o artigo 36 do Estatuto da Côrte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Côrte Internacional de Justiça pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos.

6. Qualquer controvérsia sôbre a jurisdição da Côrte será resolvida por decisão da própria Côrte.

A demandada alega que “a disputa sobre imunidade apresentada pela Alemanha e a disputa sobre reparação apresentada pela Itália originam-se dos mesmos fatos” ¹⁶, especialmente o regime de reparação estabelecido por dois Acordos de Ajuste celebrados em 1961 entre Alemanha e Itália (cujo conteúdo se comentará detidamente mais tarde, na seção reservada às Observações da Itália). Consoante a República Italiana, “a (...) real causa das disputas apresentadas à Corte no presente caso” encontra-se neles.

Além disso, a Itália afirma que uma fonte suplementar da disputa está na criação, em 2000, da Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro” pela Alemanha.

A Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro” é uma iniciativa conjunta da indústria e do governo alemães. A primeira reconhece que “as

¹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Counter-memorial of Italy**..., p. 129.

empresas alemãs que participaram da injustiça nacional-socialista estão imbuídas de uma responsabilidade histórica e devem aceitá-la”¹⁷. Diante disso, não é difícil entender o propósito da fundação: oferecer compensação, através de instituições parceiras, a vítimas da violência nacional-socialista, em primeiro lugar àqueles que prestaram trabalhos forçados. Declara-se, no sítio da EVZ (iniciais alemãs da fundação), que ela já teria pago cerca de 4,4 bilhões de euros a mais de 1,66 milhão de pessoas em quase cem países. Afora isso, de acordo com a mesma fonte, o capital da fundação gera anualmente cerca de oito milhões de euros, recursos que se destinariam a promover um exame crítico da história, o trabalho em prol dos direitos humanos e o comprometimento para com as vítimas do Nacional-Socialismo.

Visto que ambos fatos embaixadores (o regime de reparação estabelecido pelos Acordos de 1961 e a constituição da Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”, em 2000) ocorreram anteriormente à entrada em vigor da Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Disputas, a Itália deduz que a presente disputa não é afetada pela limitação *ratione temporis* estabelecida no Artigo 27 dessa mesma convenção:

Capítulo IV – Disposições gerais

Artigo 27. As disposições desta Convenção não deverão ser aplicadas a:

a disputas relativas a fatos ou situações anteriores à entrada em vigor desta Convenção entre as partes da disputa.¹⁸ (traduzimos)

Quanto ao segundo dos prerequisites de admissibilidade de reconvenção, a conexão direta com o objeto da demanda da outra parte, a

¹⁷ ALEMANHA. **Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft" – EVZStiftG**, de 2 de agosto de 2000. BGBl. I S. 1263, Bundesgesetzblatt I S. 1797, Preâmbulo. Há uma tradução para o inglês da lei disponível no sítio da Fundação sob o endereço <http://www.stiftung-evz.de/eng/about-us/foundation-law/>. Último acesso em 21.06.2011.

¹⁸ Sobre a tradução, vide nota 11.

Itália faz referência a um Despacho da CIJ¹⁹ no qual se afirmaria, de um lado, que as *Rules of Court* não definem o significado de “diretamente conectado” (“*directly connected*”), e que, de outro lado, a existência dessa conexão direta deve verificar-se tanto no âmbito fático quanto no jurídico (“*both in fact and in law*”).

Nesse sentido, a demandada aduz sua crença de que “a demanda principal da Alemanha e a reconvenção da Itália formam parte do mesmo complexo fático” e “ambas as partes estão perseguindo os mesmos objetivos jurídicos”²⁰. A Itália deixa clara sua intenção de ampliar o objeto da disputa recorrendo, para isso, à apresentação de demanda reconvenicional, algo que esse tipo de meio processual tem, de fato, a capacidade de provocar, como garantiriam declarações anteriores da Corte Internacional de Justiça.

2.2.3 Objeções Preliminares da Alemanha

Como já foi dito, o Artigo 80 das Regras da CIJ admite a proposição de reconvenção se e somente se a demanda reconvenicional enquadrar-se dentro da competência da Corte e estiver diretamente vinculada ao objeto da disputa. Nas “Objeções Preliminares da República Federativa da Alemanha com Respeito à Reconvenção da Itália”, a Alemanha faz a opção de não se referir ao primeiro dos prerequisites, além de deixar clara a sua opinião de que eles não são os únicos fatores a condicionar a admissibilidade de uma reconvenção

¹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)**. Order of 29 November 2001 .Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/8066.pdf>. Último acesso em 07.11.2011, às 19:13.

²⁰ “Germany’s principal claim and Italy’s counter-claim form part of the same factual complex” ; “both parties are pursuing the same legal aims”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reports**, 2001, p. 678, para 36.

(um ponto que ela se reserva o direito de eventualmente discutir num estágio ulterior do processo).

A Alemanha também abre mão de – num primeiro momento – contestar a admissibilidade *ratione materiae* da reconvenção (ou seja, a admissibilidade da reconvenção sob o aspecto de seu conteúdo jurídico, se ele compreende-se ou não dentro dos limites da competência da Corte), restringindo-se a valorar o expediente italiano em sua dimensão cronológica, vale dizer, analisando-lhe a admissibilidade *ratione temporis*.

O primeiro passo dado pela Alemanha é, então, abordar a questão das bases da competência. Até o começo da presente disputa, nem Itália nem Alemanha haviam reconhecido como compulsória a jurisdição da Corte Mundial nos termos do Artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto da CIJ. A Alemanha veio a fazê-lo por intermédio de uma Declaração dada em 30 de abril de 2008:

Com referência ao Artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tenho a honra de formular, da parte do Governo da República Federativa da Alemanha, a seguinte declaração:

1. O Governo da República Federativa da Alemanha declara reconhecer como obrigatória *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial relativamente a qualquer outro Estado que tiver aceito a mesma obrigação, a jurisdição da Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o parágrafo 2 do Artigo 36 do Estatuto da Corte, até que o Secretário Geral das Nações Unidas receba notificação retirando a declaração e com efeito a partir do momento de tal notificação, sobre todos as disputas surgidas depois da presente declaração, atinentes a situações ou fatos subsequentes a esta data que não:

(...)

(ii) qualquer disputa:

(a) relacionada com, originada de ou conectada com a mobilização de forças armadas no estrangeiro, o envolvimento em tais mobilizações ou decisões a respeito delas,

(...)

(iii) qualquer disputa relativamente à qual a outra Parte tiver aceitado como obrigatória a jurisdição da Corte Internacional de Justiça apenas com relação a ou para o propósito da disputa; ou quando a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte por qualquer outra Parte na disputa tiver sido depositada ou ratificada menos de

doze meses antes da protocolização da petição trazendo a disputa perante a Corte.

2. O Governo da República Federativa da Alemanha também se reserva o direito de, a qualquer tempo, mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, e com efeitos desde o momento de tal notificação, acrescentar, emendar ou retirar quaisquer das reservas supracitas ou quaisquer outras que venham a ser ulteriormente acrescentadas.

Berlim, 30 de abril de 2008 (traduzimos)

Até o presente momento, a Itália ainda não aceitou como obrigatória a jurisdição da Corte Internacional de Justiça.²¹

Por esse motivo, a Alemanha argúi que a precondição procedimental da reciprocidade entre os sujeitos envolvidos ainda não foi satisfeita no que concerne à reconvenção.

Ademais, a Itália teria sugerido em sua reconvenção que a Declaração Conjunta teuto-italiana do dia 18 de novembro de 2008 deve ser interpretada como uma aceitação implícita da competência da CIJ sobre os crimes contra o direito internacional humanitário que constituem o objeto da reconvenção da demandada.

A Alemanha, por outro lado, considera a referida declaração como um documento de cunho meramente político, formulado pelas duas partes com o objetivo de averter a impressão de que as relações entre Itália e Alemanha teriam sido perturbadas pelo surgimento da demanda em questão.

O fato de a Declaração Conjunta silenciar a respeito da responsabilidade alemã pela violação de direitos humanos e do direito internacional humanitário durante a Segunda Guerra Mundial corroboraria a

²¹ De acordo com as informações oferecidas no sítio da CIJ, a Itália não pertence ao grupo dos 66 países que o fizeram. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory**. Disponível na internet sob o endereço <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3>. Último acesso em 07.11.2011, às 19:11. A página é atualizada diariamente.

leitura da Declaração feita pela demandante. De mais a mais, esse ponto de vista seria confirmado pela jurisprudência da CIJ, especificadamente no caso “Plataforma Continental do Mar Egeu (Grécia vs. Turquia)”. Aqui, a Corte Internacional foi instada a decidir se um *communiqué* conjunto dos primeiros-ministros de Grécia e Turquia, no qual a possibilidade de levar a controvérsia à apreciação da CIJ foi levantada, deveria ser reputado como implicando a aceitação vinculante de sua jurisdição. A Corte julgou que nenhum compromisso poderia ser deduzido do *communiqué*, muito embora ele tenha feito expressa referência à possibilidade de confiar a questão à Haia.

Contudo, a Alemanha não se esquece de que, no caso “Delimitação Marítima e Questões Territoriais entre Qatar e Bahrein”, a Corte decidiu de forma distinta. Nesse processo, ela foi incitada a pronunciar-se sobre a suposta natureza obrigatória das minutas de uma reunião de alta cúpula. Elas também aludiam à possibilidade de levar a disputa à Haia. A Corte respondeu afirmativamente à pergunta sobre o caráter vinculante das minutas.

Além disso, a Alemanha dá como certo que, mesmo que a Declaração Conjunta de Trieste fosse de fato juridicamente vinculante, não teria sido suficiente para fundamentar a competência da corte sobre o caso (ou melhor, sobre a reconvenção, mais especificamente), já que o único parágrafo dela no qual se faz alusão à possibilidade de levar a disputa ao Palácio da Paz não continha nada além da visão italiana a respeito do litígio:

A Itália respeita a decisão da Alemanha de peticionar à Corte Internacional de Justiça em busca de um parecer sobre o princípio da imunidade dos Estados. A Itália, como a Alemanha, é Estado-Parte à Convenção Europeia de 1957 para a Solução Pacífica das Disputas e considera o direito internacional como um dos princípios-guias de suas ações. A Itália é, portanto, da opinião de que o parecer da CIJ

sobre o tema da imunidade dos Estados ajudará a lançar luz sobre esta complexa questão.²² (traduzimos)

Assim, da Declaração Conjunta de Trieste não derivaria consentimento nenhum de parte da Alemanha.

O que a Declaração menciona objetivamente é o fato de que tanto Alemanha quanto Itália são partes à Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas. Com efeito, a Alemanha toma a CESPД pela “única base legal do processo que está [estava, naquele momento] por instaurar-se”²³.

A CESPД entrou em vigor para ambas as partes em 18 de abril de 1961²⁴. Consequentemente, todos os fatos ocorridos antes dessa data não estariam, segundo a Alemanha, abarcados pela competência *ratione temporis* da CIJ. Dessa forma, as violações de que reclama a Itália não poderiam ser conhecidas pela Corte.

No caso “Direito de Passagem sobre o Território Indiano (Portugal vs. Índia), a CIJ, tomando por base o *case law* (jurisprudência) da Corte Permanente de Justiça Internacional²⁵, estabeleceu uma distinção entre “as

²² Joint Declaration, Adopted on the Occasion of German-Italian Governmental Consultations. Trieste, de 18 de novembro de 2008 apud INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Application Instituting Proceedings**, 22.12.2008, p. 20. Disponível na internet sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14923.pdf>. Último acesso em 07.11.2011, às 19:45.

²³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy's Counter-Claim**. 10.03.2010, p. 9, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16019.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 10:49.

²⁴ A Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas, de 29 de abril de 1957, foi ratificada pela Itália em 29 de janeiro de 1960 e pela Alemanha em 18 de abril de 1961. Cf. “linha do tempo”.

²⁵ Em especial o caso “Companhia de Eletricidade de Sofia e Bulgária”.

situações ou fatos que constituem a origem [*“source”*] dos direitos exigidos por uma das Partes e as situações ou fatos que constituem a origem da disputa”. Segundo a CIJ, “somente estes devem ser levados em conta para o fim de aplicar a Declaração aceitando a jurisdição da Corte” ²⁶.

Essa distinção faz-se extremamente relevante para o próximo tópico das Objeções Preliminares. A respeito daquilo que a Alemanha chamou “as tentativas da Itália de empurrar a origem da disputa para além da data-limite de 18 de abril de 1961”, há três pontos de que importa tratar. Em primeiro lugar, a questão de se a atitude da Alemanha de negar a reparação alegadamente devida aos ex-internados (*internees*) italianos constituiria uma “violação contínua”; em segundo lugar, se os dois Acordos de Ajuste de 1961 seriam “a real causa da disputa”; e, finalmente, em terceiro lugar, o significado da edição, pelo governo germânico, da Lei estabelecendo a Fundação EVZ (“Memória, Responsabilidade e Futuro”).

No que concerne ao primeiro dos tópicos listados, segundo a demandante, “a Itália sustenta que a disputa a respeito da imunidade da Alemanha e a contenda sobre reparação, da forma como introduzidas pela Contramemória, têm uma origem comum, nomeadamente a recusa da Alemanha de prestar compensação às vítimas italianas” ²⁷. E a isso acrescenta a Alemanha uma asseveração destinada a neutralizar a carga de emotividade pairando a favor da posição italiana:

Numa perspectiva histórica, demandas fundadas em injustiças do passado podem ser apresentadas décadas após a ocorrências de tais injustiças. Durante séculos a Europa foi dilacerada por lutas

²⁶ International Court of Justice. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections**..., p. 11. Segundo a Alemanha (no local citado), esse entendimento foi reafirmado no caso “Certa Propriedade (Liechtenstein vs. Alemanha)”.

²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections**..., p. 11, p. 13.

fratricidas, e a história do colonialismo europeu conta com muitas páginas inglórias. Entretanto, ao arguir que devem ser pagas compensações, não se pode trazer para o mundo jurídico de hoje a origem de tais controvérsias. Em todo caso, o direito geralmente procura por clareza e certeza e distingue-se da história e da filosofia. É também por esse motivo que os estatutos de prescrição são um componente natural de qualquer sistema jurídico. (traduzimos)

A seguir, a demandante chama a atenção dos juízes para o fato de que a Itália já teria tencionado valer-se da mesma estratégia processual, a saber, perante a CPJI, no caso “Fosfatos em Marrocos”. Conforme relata a Alemanha, a Itália teria tentado, sem sucesso, convencer os juízes da Haia de que a disputa tinha surgido de fatores posteriores à aceitação, pela França, da jurisdição da Corte Permanente de Justiça Internacional, fatores esses de três tipos:

(...) a disputa origina-se de fatores posteriores à aceitação, pela França, da jurisdição compulsória, em primeiro lugar porque certos atos, que, considerados separadamente já constituem, em si mesmos, atos internacionais ilícitos, foram, na verdade, realizados depois da data crucial; em segundo lugar, porque esses atos, tomados em conjunto com atos anteriores com os quais estão estreitamente vinculados, constituem, como um todo, um único, contínuo e progressivo ato ilícito que não veio a perfazer-se completamente senão depois da data crucial; e em último lugar, porque certos atos, embora realizados anteriormente à data crucial, provocaram uma situação permanente incompatível com o direito internacional que continuo a existir para além data referida data.²⁸ (traduzimos)

Na sua resposta às Objeções Preliminares da Alemanha, analisada no próximo subitem, a Itália, com o intuito de rebater a alegação da incompetência *ratione materiae* da CIJ para julgar sua reconvenção, dará voltas à ideia de que a questão de reparação foi e permanece reaberta por iniciativa da Alemanha. Deixando de lado a ideia de “situação contínua” (que nega ter invocado), a

²⁸ No local citado, p. 15.

demandada verá no fático formado pelos acordos de reparação a origem de uma “nova situação”.

2.2.4 Observações da Itália

As Observações Preliminares da Itália têm como eixo central a distinção jurisprudencial entre origem dos direitos postulados e origem da disputa. Esta, para a reconvinte, giraria em torno dos dois Acordos de Ajuste (*Settlement Agreements*) de 1961.

A Itália inicia a resposta às Objeções Preliminares apontando uma incoerência na estratégia processual adotada pela Alemanha. A celeridade que teria exigido no início do processo – e que, segundo a Itália, ter-se-ia concretizado nos curtos prazos estabelecidos para a protocolização dos *written pleadings* - contrastaria com a sua insistência em questionar a admissibilidade *ratione temporis* da reconvenção. Além disso, o fato de a autora atacá-la centrando-se no quesito da suposta incompetência da CIJ poderia ser lido, na visão da demandada, como uma confissão tácita de nada ter a questionar sobre o mérito da reconvenção.

Adiante no texto, a autora assegura que a Alemanha teria feito uma leitura equivocada da argumentação italiana, entendendo que a reconvinte desejaria defender a não-aplicabilidade do Art. 27, letra “a” da CESPД com base na ideia de “situação contínua”. As ofensas a direitos fundamentais de nacionais italianos cometidas pela Alemanha nazista teriam dado origem a uma obrigação de indenizar. Porém o comportamento da Alemanha com relação a essa obrigação – o seu adimplemento apenas parcial - teria constituído uma “situação contínua” de violação. Assim, essa situação, embora surgida dentro do período da Segunda Guerra Mundial – anteriormente, portanto, à entrada em vigor da CESPД entre as partes – ter-se-ia estendido, em virtude do

descumprimento por parte da Alemanha da sua obrigação de oferecer reparação a todas as vítimas, a ponto de ultrapassar a data-chave de 18 de abril de 1961. E, mediante a ultrapassagem desse marco cronológico, restaria configurada a submissão da Alemanha à autoridade da CIJ relativamente às violações em questão.

Entretanto, segundo a Itália, essa foi uma leitura errônea de suas razões. A ré assevera que, no caso *Phosphates in Morocco*²⁹, a fonte da disputa era anterior ao estabelecimento da CPJI e que

“não encontra nenhuma dificuldade em admitir que a noção de ato ilícito contínuo não tem nenhuma relevância para o objetivo de determinar a competência da Corte *ratione temporis* de acordo com o Art. 27(a) [da CESPJ].” (traduzimos)

Por outro lado, a seu ver,

“O que a Corte tem que decidir é essencialmente se, ao concluir os Acordos de Ajuste de 1961, a Itália renunciou a todas as suas pretensões de reparação, inclusive às relativas a graves violações do direito internacional humanitário cometidas pelo Reich alemão durante a Segunda Guerra Mundial. Em segundo lugar, e em estreita ligação com o primeiro problema, há a questão de saber se a Alemanha, ao recusar-se a responder às pretensões de reparação a ela submetidas depois do estabelecimento, em 2000, da Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”, deixou de cumprir as suas obrigações concernentes a vítimas italianas por crimes cometidos pelo Reich alemão, e, se de fato foi assim, quais são as consequências jurídicas oriundas de tal conduta ilícita.”³⁰

²⁹ Cf. subseção 2.2.3, ao final.

³⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy’s Counter-Claim**. 10.03.2010, p. 9s, p. 11, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16019.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 10:49.

Como se pode verificar no trecho transcrito, a estratégia da Itália é agora propor dois dados juridicamente relevantes – os dois posteriores à ratificação da CESPDP pela Alemanha - como sendo o palco da disputa. Em primeiro lugar, os dois Acordos de Ajuste (*Settlement Agreements*) de 1961; em segundo lugar, a criação da Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”, em 2000. Para atingir esse objetivo, a reconvinte vai buscar na jurisprudência da CPJI e da CIJ³¹ a distinção entre *origem dos direitos reclamados* e *origem da disputa*.

A origem dos direitos reclamados estaria, sim, nas violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Porém esta não se confundiria com a origem da disputa, a qual residiria nos Acordos de Ajuste de 1961 e na criação, no ano 2000, da Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”.

Os dois Acordos de Ajuste de 1961 celebrados entre Alemanha e Itália são o “Tratado sobre Prestações a Favor de Cidadãos Italianos Atingidos por Medidas de Perseguição Nacional-Socialistas”³², chamado de forma mais prática nos *written pleadings* apenas “Tratado de Indenização” (*Indemnity Treaty*) e o “Ajuste de Pretensões de Natureza Econômica Pendentes”³³.

O primeiro dos Acordos, o Tratado de Indenização, é o mais relevante para o caso em estudo. Dentre os seus cinco artigos, transcrevem-se, a seguir, os de números um e três, os mais importantes:

³¹ Respectivamente nos já mencionados casos “*Electricity Company of Sofia and Bulgaria*”, Bélgica v. Bulgária, julgado em 4 de abril de 1939 e caso “*Right of Passage over Indian Territory*”, Portugal v. Índia, 1955.

³² *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Italienischen Republik über Leistungen zugunsten italienischer Staatsangehöriger, die von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen betroffen worden sind* ou *Accordo tra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica Italiana circa gli indennizzi a favore dei cittadini italiani che sono stati colpiti da misure di persecuzione nazionalsocialiste*. Cf. ALEMANHA, **Bundesgesetzblatt**, Teil II, de 5 de julho de 1963, p. 793.

³³ *Settlement of Pending Claims of an Economic Nature*.

A REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA e A REPÚBLICA ITALIANA ACORDARAM O SEGUINTE:

Artigo 1. (1) A República Federativa da Alemanha obriga-se a pagar quarenta milhões de marcos alemães à República Italiana em favor dos cidadãos italianos atingidos por medidas de perseguição nacional-socialistas em razão de sua raça, fé ou ideologia³⁴ que, em função dessas medidas de perseguição, tenham sofrido privações à liberdade ou danos à saúde, bem como dos supérstites dos que faleceram em razão dessas medidas de perseguição.

(2) Deixa-se ao arbítrio do governo da República Italiana a forma de utilização dessa soma em favor da supramencionada categoria de pessoas.

Artigo 3. Com o pagamento descrito no Artigo 1 ficam reguladas de forma definitiva³⁵ todas as questões objeto deste Acordo, sem prejuízo de quaisquer pretensões de cidadãos italianos decorrentes das leis de ressarcimento³⁶ alemãs.³⁷ (traduzimos)

Do texto desse acordo, a Itália deriva três consequências. Em primeiro lugar, a renúncia, pela Alemanha, da possibilidade de valer-se da *waiver clause*³⁸ do Tratado de Paz de 1947. Em segundo lugar (e por conseguinte) a reconvinte vê aí o momento decisivo em que acontece a reabertura da questão das reparações, mediante o reconhecimento, por parte da Alemanha, da persistência da obrigação de oferecer ressarcimento às vítimas italianas. Por fim, a última consequência extraída pela Itália do texto do Tratado de Indenização é o seu caráter inexauriente: ao fazer menção expressa a outros caminhos para a obtenção de reparação, nomeadamente pelas leis de ressarcimento alemãs, o tratado estaria afirmando que ele mesmo não representa o ponto final no tema das indenizações devidas às vítimas italianas.

³⁴O termo original alemão é *Weltanschauung* (literalmente “visão de mundo”). Escolheu-se a tradução “ideologia” por ter sido esse o termo empregado na versão italiana do tratado.

³⁵“*Abschließend*”.

³⁶ “*Wiedergutmachungsgesetze*”.

³⁷ ALEMANHA. **Bundesgesetzblatt**, Teil II, Nr. 22, 5 de julho de 1963, p. 793.

³⁸ “Cláusula de renúncia”.

Em resumo, a Itália vê no Tratado de Indenização o desferimento da cláusula de renúncia de 1947, o reavivamento do problema das reparações e sua regulação não-terminativa.

Desenvolvendo a primeira dessas ideias, ela acrescenta que vários tratados de paz semelhantes ao que firmou com as Potências Aliadas foram assinados por outros países, todos contendo uma cláusula de renúncia semelhante à do Art. 77(4) do Tratado de Paz com a Itália. No entanto, a interpretação de que, em virtude dessa cláusula, esses países efetivamente não poderiam reclamar mais nenhum tipo de reparação do Estado sucessor do III^o Reich seria restrita à própria Alemanha, tendo sido “*uniforme e sistematicamente rejeitada pelas contrapartes*”, as quais ter-se-iam reservado o direito de exigir compensação em todas as matérias que não as especificamente cobertas pelo tratado.³⁹

Além disso, indo mais a fundo na proposição de que os Acordos de Ajuste de 1961 teriam sido responsáveis pela reabertura da questão das reparações, a Itália assevera que esse passo teria sido dado com o reconhecimento pela Alemanha (propulsionado por “motivos razoáveis” e por “amplas justificativas legais”) do dever a ela incumbente de oferecer reparação a todas as vítimas não abrangidas pelos próprios Acordos, obrigação essa que ainda não se teria extinguido.⁴⁰

Os Acordos de Ajuste de 1961, continua a Itália, “deveriam ser considerados como o *primeiro passo* num processo de reparação às vítimas

³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Observations of Italy on the Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy’s Counter-Claim**, 18.05.2010, p. 21, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16021.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 11:04. O grifo integra a redação original.

⁴⁰ No local citado, p. 21.

italianas que nunca foi completamente implementado” ⁴¹. Os *Settlement Agreements* constituiriam, assim, “novos fatos” ou uma “nova situação” ⁴², ocorridos depois da entrada em vigor da CESPД entre as partes. O entendimento de que, com a assinatura dos Acordos, uma nova era na questão das indenizações teria começado seria pretensamente corroborado, de um lado, pelo fato de que o governo alemão teria informado as autoridades competentes de que as reclamações rejeitadas por força da *waiver clause* (cláusula de renúncia) de 1947 deveriam ser reexaminadas; de outro, porque, ao mesmo tempo em que negociavam o *Indemnity Treaty*, os alemães procuravam acertar com a Itália outras pendências do tempo da Segunda Guerra Mundial – objeto do segundo acordo. Partindo dessa premissa, a Itália reassume parte da argumentação que apresentara no *counter-claim* (reconvenção) e aduz razões novas.

Em primeiro lugar, ela volta a invocar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH citada na reconvenção. A CEDH teria reconhecido repetidamente ter competência para examinar fatos ocorridos anteriormente à ratificação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais pelo Estado atingido, contanto que se verificasse ao menos uma das seguintes hipóteses: que se possa entender que esses fatos 1) geraram uma situação que se estendeu para além da data-chave ou; 2) sejam relevantes para a compreensão de fatos ocorridos depois daquela data. Destarte, conforme o rumo tomado pelo raciocínio da Itália neste ponto, a hipótese na qual se encaixaria sua reconvenção seria a última.

Em segundo lugar, a Itália refere jurisprudência da CPJI consoante a qual cláusulas como a do Art. 27(a) da CESPД teriam a função de precluir a

⁴¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Observations of Italy**..., p. 16. Grifo nosso.

⁴² No local citado, p. 20 e 19.

possibilidade de um Estado ser processado por atos cuja capacidade de virem a ser a origem de um processo contra ele mesmo lhe era imprevisível no momento em que os praticava. Segundo a reconvinte, a Alemanha não poderia fazer valer esse argumento, uma vez que, ao mesmo tempo em que ratificava a CESP, conduzia negociações com o governo italiano sobre os dois Acordos de Ajuste.

Sobre os Acordos de 1961, é ainda pertinente registrar que, segundo a Itália, eles são relevantes também por causa da expectativa que geraram nas vítimas italianas.

À continuação, a autora das Observações Preliminares soma a por ela defendida implicação tripartite do *Indemnity Treaty* (Tratado de Indenização) com o fato de que o escopo deste limita-se a uma certa categoria de vítimas. Ela deduz daí que “as questões não especificamente abarcadas pelo objeto do tratado foram deixadas de fora de seu escopo” e que, conseqüentemente, permaneciam abertas às vítimas outras vias jurídicas, como o peticionamento sob leis alemãs⁴³. No entanto, afirma a Itália mais ainda, nunca teria havido implementação dessa possibilidade relativamente a todas as vítimas.

Assim como, para a Itália, os Acordos de Ajuste de 1961 não podem ser considerados atos unilaterais *ex gratia*, já que teriam sido resultado da pressão internacional e de negociações intergovernamentais, da mesma forma deveria ser entendida a Fundação “Memória, Responsabilidade e Futuro”, criada em 2000. Com a Queda do Muro de Berlim, os motivos que ainda estariam justificando o diferimento da reparação definitiva às vítimas italianas ter-se-iam esvaído, com o conseqüente desencadeamento de um processo para persuadir a Alemanha de que “outros gestos para com as vítimas italianas

⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Observations of Italy...**, p. 18.

de fato se faziam necessários”⁴⁴. Daí teria surgido a EVZ, suposta fonte de novas expectativas para pessoas como Ferrini.

As Observações Preliminares terminam com uma citação literal das Objeções alemãs⁴⁵, em que a RFA teria reconhecido explicitamente haver uma disputa sobre o significado e o impacto dos Acordos de 1961⁴⁶. De fato, o sumário das Observações Preliminares italianas é a tentativa de colocar esses acordos no centro da disputa, o que lhe permitiria transpor a barreira da aparente falta de competência *ratione temporis* da CIJ para julgar a reconvenção e rediscutir, agora perante a Corte Mundial, todo o mérito das reparações individuais por crimes de guerra cometidos pela Alemanha nazista, assumindo como próprio o pleito de seus nacionais.

2.2.5 Despachos da CIJ

O primeiro dos Despachos da CIJ, de 29 de abril de 2009, fixou o prazo de seis e doze meses para a apresentação, respectivamente, do Memorial, pela Alemanha, e da Contramemória, pela Itália.

⁴⁴ No local citado, p. 24.

⁴⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy's Counter-Claim**. 10.03.2010, p. 22 (para. 35), disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16019.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 10:49.

⁴⁶ Em sua Declaração Conjunta, os Juízes Keith e Greenwood salientarão que, noutro ponto das Objeções Preliminares, a Alemanha tinha afirmado peremptoriamente que “simplesmente não há disputa sobre a relevância dos Acordos relativamente à reconvenção” (para. 35), de modo que o extrato citado pela Itália acaba mostrando-se descontextualizado. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Joint declaration of Judges Keith and Greenwood** (referente ao Despacho da CIJ de 06.07.2010), p. 3, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16029.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 11:27.

O segundo Despacho, datado de 6 de julho de 2010, é o que decide a questão da admissibilidade da reconvenção italiana.

Nele, a CIJ acolhe a invocação italiana da jurisprudência da própria Corte no caso “*Direito de Passagem sobre o Território Indiano (Portugal v. Índia)*”, em que se salienta a diferença entre origem dos direitos pleiteados e origem da disputa.

Porém, se por um lado a Corte aceita que as violações ao direito internacional humanitário ocorridas entre 1943 e 1945 contra vítimas italianas não constituem a origem da disputa, mas, sim, a origem dos direitos alegados, de outro, ela rejeita a assertiva italiana de que a origem da disputa estaria nos Acordos de Ajuste de 1961, uma vez que estes, no seu parecer, “não afetaram nem alteraram” o regime estabelecido pelo Tratado de Paz de 1947. Tampouco a edição de legislação por parte da Alemanha (incluindo a criação da EVZ, em 2000), no entender da Corte da Haia, teriam constituído uma “nova situação” relativamente à obrigação alemã de indenizar as vítimas da disputa.

Consequentemente, para a CIJ a origem da disputa estaria no regime de reparação instituído pelo Tratado de Paz de 1947, anterior à entrada em vigor entre as partes da Convenção Europeia para a Solução Pacífica das Disputas (18 de abril de 1961), de modo que a Haia não seria competente para julgar a reconvenção, conforme o Art. 80(1) das *Rules of Court*.⁴⁷

⁴⁷ Nesse despacho, a CIJ ainda tangencia dois argumentos que poderia ter sido utilizados para embargar as pretensões italianas. Em primeiro lugar, a sua própria jurisprudência no caso *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, onde se afirmou que “em relação à limitação temporal contida no (...) Art. 27 (a) da Convenção Europeia [para a Solução Pacífica das Disputas] (...) ‘a questão-chave não é a data em que a disputa surgiu, mas a data dos fatos ou situações em relação aos quais a disputa surgiu’”. Apud Despacho de 6 de julho de 2010, p. 7. Em segundo lugar, se tivesse admitido a reconvenção, a CIJ a poderia ter rebatido em seu mérito, pois, no Art. 2º do segundo *Settlement Agreement* (“*Settlement of certain property-related, economic and financial questions*”) a Itália declarou “estarem acertadas [*settled*] todas as pretensões pendentes da parte da República Italiana e das pessoas físicas ou jurídicas italianas contra a República Federal da Alemanha ou pessoas físicas ou jurídicas alemãs na

Ao despacho de 6 de julho de 2010 os juízes Kenneth Keith e Christopher Greenwood, por seu lado, apensaram uma “Declaração Conjunta”. Nela os magistrados de Nova Zelândia e Reino Unido, respectivamente, concordam, em geral, com a conclusão e com as razões com que a Corte atinou, acrescentando-lhes apenas uma análise mais aprofundada de duas questões.

Em primeiro lugar, os magistrados questionam a afirmação italiana de que a Alemanha teria reconhecido existir disputa a respeito dos Acordos de Ajuste de 1961. Para eles, evidencia-se o contrário, seja pela falta de correspondência diplomática entre Alemanha e Itália a respeito desse assunto, seja pelo fato de que a Itália arguiu a existência da referida disputa apenas nas suas Observações Preliminares, às quais os alemães não tiveram oportunidade de responder. Ademais, este último dado – que o tópico só tenha sido levantado nas Observações Preliminares - já teria sido suficiente, segundo eles, para impedir que Corte levasse em conta essa afirmativa italiana no momento de deferir ou indeferir o pedido de reconvenção, já que trazida à tona posteriormente ao pedido então em análise.

A segunda questão levantada pelos juízes Keith e Greenwood é uma hipótese. Segundo esses membros permanentes da CIJ, mesmo que houvesse disputa entre as partes a respeito dos Acordos de Ajuste de 1961 (o que, no entendimento da Corte e deles, não há) a sua origem (*source*) estaria em fatos anteriores a 18 de abril de 1961⁴⁸. Corroborariam esse parecer três fatos.

Primeiramente, já muito antes de 1961 se teria discutido se a Alemanha teria ou não o dever de pagar reparação às vítimas dos crimes de

medida em que estiverem baseadas em direitos ou circunstâncias surgidas durante o período de 1º de setembro de 1939 a 8 de maio de 1945”.

⁴⁸ Data em que a CESPDP entrou em vigor entre as partes. Cf. “linha do tempo”.

guerra perpetrados pelo III^o Reich, discussão essa que se teria materializado, por exemplo, no *Londoner Schuldenabkommen*, a Convenção de Londres sobre as dívidas alemãs. E esse seria o contexto no qual os Acordos de Ajuste de 1961 deveriam ser vistos, afirmam os juízes.

Em seguida, deporia a favor desse ponto de vista a impossibilidade de interpretar qualquer dos dois Acordos de Ajuste de 1961 como estabelecendo para a Alemanha uma obrigação de indenizar para além das medidas de reparação neles mesmos convencionadas.

Em terceiro lugar, a legislação germânica interna sobre indenizações, assim como as decisões de suas Cortes a esse respeito, não teriam a faculdade de gerar, para o Estado alemão, a obrigação de direito internacional público de indenizar os *claimants* (demandantes) por elas não contemplados.

Em conclusão, o parecer apartado dos juízes Keith e Greenwood mostra o único propósito de despir de qualquer dúvida a decisão da CIJ rejeitando a reconvenção italiana, tanto no tocante à existência de disputa entre as partes sobre os Acordos de 1961 quanto no que diz respeito à afirmação italiana de que a origem dessa suposta disputa estaria em fatos ocorridos posteriormente à entrada em vigor da CESPĐ entre as partes.

Quase um ano depois do Despacho da CIJ que rejeitou a reconvenção italiana por incompetência *ratione temporis* e da Declaração Conjunta dos juízes Keith e Greenwood, o juiz *ad hoc*⁴⁹ Gaja apresentou uma Declaração, e

⁴⁹ Apesar de se ter consolidado já na época da CPJI a sadia prática de os juízes “votarem contra a posição de seus estados patriais”, quando uma das partes numa lide perante a CIJ tem um nacional seu integrando permanentemente a Corte e a outra não, é facultado à segunda nomear um “juiz *ad hoc*” (cf. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376. A Alemanha conta com um nacional seu como juiz permanente da Corte – Bruno Simma. Por essa razão, em *Jurisdictional Immunities of the State*, a Itália nomeou um juiz *ad hoc*, o Sr. Giorgio Gaja.

o juiz brasileiro na CIJ, Antônio Augusto Cançado Trindade, uma Opinião Dissidente de cinquenta páginas. À segunda dedicar-se-á a próxima subseção.

Antes disso, porém, uma breve notícia sobre o parecer do Magistrado italiano. Em sua Declaração, o juiz *ad hoc* Gaja protesta, em tom sereno, contra a falta de respeito, pela Corte, aos princípios processuais do contraditório e da oralidade no julgamento da admissibilidade da reconvenção italiana. Para ele, a nova redação do Art. 80 das *Rules of Court* ⁵⁰, nomeadamente no trecho “*after hearing the parties*”⁵¹, reclama a realização de uma audiência oral para situações tão sérias quanto o questionamento da competência da Corte para julgar a reconvenção, de cuja negação pode derivar (melhor dizendo, deriva) a inadmissibilidade do pleito, mesmo se apresentado apartadamente, em outro processo. No que parece uma insinuação de resposta à Declaração Conjunta dos juízes Keith e Greenwood, onde se afirmou inexistir correspondência diplomática entre Alemanha e Itália na época de celebração dos Acordos de Ajuste que apontasse para uma divergência de pontos de vista sobre o tema das reparações, Gaja assegura que uma audiência oral teria ajudado a esclarecer questões como “quais pretensões teriam sido objeto das ‘repetidas tentativas de chegar a um acordo’ [citando aqui um memorando do governo alemão referido por esse país em sua Memorial]” ⁵² antes da celebração desses tratados.

⁵⁰ O novo texto é de fevereiro de 2001 e já foi transcrito no item 2.2.2, *supra*.

⁵¹ ‘Depois de ouvidas as partes’. Inc. 3, que exige cotejo com o inc. 1. Grifamos.

⁵² A Declaração do Juiz *ad hoc* não tem mais de uma página. Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Declaration of Judge *ad hoc* Gaja** (referente ao Despacho da CIJ de 06.07.2010). Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16033.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 11:30.

2.2.6 A opinião dissidente do Juiz Cançado Trindade⁵³

A Opinião Dissidente rejeita firmemente a conclusão e as razões da CIJ apresentadas no Despacho de 6 de julho de 2010. Seu texto, disposto em 50 páginas, como já se salientou, é permeado por duas ideias centrais: a importância da boa administração da justiça e a sujeição da vontade estatal à consciência humana, fonte última do direito material.

Concretamente, Trindade analisa os seguintes tópicos: a questão da reconvenção, o escopo do caso em tela, a ideia de “situação contínua”, a indagação a respeito dos verdadeiros titulares dos direitos em jogo e, por fim, a incidência de *jus cogens* frente à pretensa renúncia a esses direitos.

Esse importante documento inspira a terceira parte desta monografia. No entanto, convém resumir neste passo um de seus pontos, que, embora especialmente relevante para a compreensão do caso, não voltará a ser abordado na sequência do trabalho: o problema da admissibilidade da reconvenção.⁵⁴

⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade** (referente ao Despacho de 06.07.2010). Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16031.pdf>. Último acesso em 24.10.2010, às 11:33.

⁵⁴ Tanto sobre esse tema quanto para o da ideia de “situação contínua” em direito internacional público e direito internacional humanitário, Cançado Trindade oferece um profundo e ilustrativo apanhado histórico. A primeira retrospectiva encontra-se nos para. 4 a 9 da *Dissenting Opinion* e foi omitido por afastar-se demais do escopo do trabalho; a segunda, juntamente com todos os demais parágrafos sobre a ideia de “situação contínua” em direito internacional, não foi abordada porque, como afirma o próprio juiz, “ao fim de seus recentes debates, (...) foi esclarecido que a noção em questão [a ideia de “situação contínua”] não provia o fundamento principal para as posições das partes contendoras”. Com efeito, como se pode verificar no item 2.2.4 *supra*, a Itália, nas Objeções Preliminares, abandona a ideia “situação contínua” e passa a referir suas razões a uma “situação nova”.

Ao adentrar nesse tema, Cançado Trindade informa que, no *Case Law* da CIJ, o instituto, estatuído no Art. 80 das *Rules of Court* de 1978, com texto revisado em 2000, já teve aplicação concreta em quatro casos, a saber:

- 1) Despacho de 17.12.1997, no caso *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia);
- 2) Despacho de 10.03.1998, *Plataformas Petrolíferas* (Iran v. EUA);
- 3) Despacho de 30.06.1999, *Fronteira Terrestre e Marítima entre Camarões e Nigéria*;
- 4) Despacho de 29.11.2001, *Atividades Armadas no Território do Congo* (R. D. do Congo v. Uganda)⁵⁵.

O magistrado traz muitas informações sobre a natureza jurídica da reconvenção, das quais se destacaram algumas.⁵⁶

A reconvenção não se confundiria com a mera defesa de mérito. Sua natureza jurídica estaria mais próxima à de um contra-ataque, segundo Trindade. Citando Raoul Genet, que em meados da década de 30 teria escrito sobre o assunto, Trindade mostra seu funcionamento como uma ação reflexa, manifestando-se ao mesmo tempo como defesa contra a ação principal e como meio neutralizador da demanda e dos móveis jurídicos (*móviles jurídiques*) sobre os quais repousa.

⁵⁵ Segundo informa o Juiz Cançado Trindade, nesse caso foram apresentados pela Uganda três pedidos de reconvenção, dos quais dois foram deferidos pela Corte.

⁵⁶ As informações recolhidas a seguir não são apenas um resumo do conteúdo dos parágrafos de 10 a 30 da *Dissenting Opinion*. Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade**, p. 4-10.

No primeiro dos casos listados, a CIJ teria afirmado o caráter duplo da reconvenção: mesmo independente da ação principal (ato jurídico autônomo), a reconvenção estaria ligada a ela (*direct connection*).

Outra característica sua seria a faculdade de ampliar o objeto da disputa, permitindo assim que a Corte decida mais consistentemente por dispor de uma visão panorâmica das pretensões de uma e de outra parte (como também teria afirmado Visscher nos anos 60)⁵⁷. Isso, somado ao fato de ser um meio para obter economia processual, conforme assegura Trindade, geraria o imperativo de ser a reconvenção considerada simultaneamente com a ação principal, sem o que se poria obstáculo à *sound administration of justice*, a boa administração da justiça.

Trindade recolhe ainda o pensamento de Adolfo Miaja de la Muela⁵⁸, que em 1975 teria dito basear-se a reconvenção em fatos constitutivos um pouco diferentes daqueles alegados pelo autor e quase nunca trazidos à tona por ele. Esses fatos guardariam, no entanto, com os fatos constitutivos aduzidos pelo *actor* original certo grau de conexão.

Ademais, o juiz brasileiro alude ao brocardo latino “*reus in excipiendo fit actor*”⁵⁹, pois, em nova citação de R. Genet⁶⁰, ao reconvinte seria conferido um título equivalente e em sentido contrário ao do autor; o mesmo teria atestado a precoce jurisprudência da CPJI, na pessoa de Anzilotti, ao afirmar que o reconvinte gozaria das mesmas vantagens que o autor principal.

⁵⁷ Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade**, p. 5.

⁵⁸ No local citado, p. 4, para. 13.

⁵⁹ Essa é a segunda parte da sentença “*Actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*”.

⁶⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade**, p. 4, para. 11.

Também no caso *Bósnia e Herzegovina v. Iugoslávia* a Corte haveria tido a oportunidade de esclarecer que a reconvenção não pode ser utilizada como um meio para levar à Haia casos que excedam os limites da jurisdição reconhecida pelas partes.

Ainda na Despacho proferido em 1997, a Corte expôs um esquema procedimental a ser para empregado para examinar a admissibilidade de um pedido de reconvenção. Assim, a Corte, com discricionariedade geral, avaliando tanto questões de fato quanto de direito, deveria responder a três perguntas: 1) O pedido é de fato uma reconvenção? 2) Ele se encaixa na competência da Corte? 3) Existe conexão direta (*direct connection*) entre o objeto (*subject matter*) da reconvenção e o objeto da ação principal?⁶¹

Neste último ponto – que ganhou grande relevância também no caso em estudo -, Trindade aprofunda um pouco mais, ressaltando que a *direct connection* deve ser avaliada, à luz das circunstâncias de cada caso, com a necessária flexibilidade. Com nova cita a Adolfo Miaja de la Muela⁶², afirma que essa relação deve ser qualificada de maneira direta, mas nunca com base em critérios apriorísticos. Do caso das *Plataformas Petrolíferas* se extrairia ainda mais um dado sobre a conexão direta: ela deveria ser resultado da soma de *same factual complex* mais *same legal aim*⁶³.

Para encerrar a reportagem sobre o tema da reconvenção na Opinião Dissidente de Cançado Trindade, selecionaram-se três extratos literais, que muito esclarecem sobre seus sentimentos a respeito da decisão da Corte:

⁶¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*. **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade**, p. 7, para. 22.

⁶² No local citado, p. 5, para. 13.

⁶³ “Mesmo complexo fático”; “mesmo objetivo jurídico”. No local citado, p. 7, para. 21.

(...) a prática da Corte em relação a reconvenções ainda está em construção. A decisão que a Corte acaba de tomar no presente caso de *Imunidades Jurisdicionais do Estado* de forma nenhuma contribui para a evolução da sua própria jurisprudência na matéria. Trata-se, bem ao contrário, de uma *involução*, um passo para trás, uma vez que envolve em grandes incertezas o tratamento da reconvenção. Ao meu ver, a Corte, no presente Despacho, deveria ter decidido pela *admissibilidade* da reconvenção da Itália, e deveria ter deixado para a sua subsequente decisão de mérito a determinação de se a reconvenção estava bem fundamentada ou não, - do modo como fez em alguns precedentes do presente Despacho.⁶⁴ (traduzimos)

Sobre as consequências da rejeição do pedido de reconvenção, Cançado Trindade continua:

“(...) a Corte agora terá um horizonte muito mais estreito para pronunciar-se sobre a pretensão (original) da Alemanha de imunidade estatal. A presente decisão fez *tabula rasa* de seus raciocínios anteriores, e de 70 anos da mais esclarecida doutrina jurídica sobre o tema.”⁶⁵ (traduzimos)

Por fim, o Magistrado resume os motivos pelos quais acredita que a Corte deveria, no mínimo, ter convocado audiências públicas antes de proceder à decisão em análise:

“(...) ela deveria ter-se, ao menos, instruído de maneira adequada através da realização, anterior, de audiências públicas, para obter clarificações adicionais das partes contendoras. Ela não deveria ter tomado a presente decisão sem ter antes ouvido as partes contendoras numa sessão pública, por cinco razões, a saber: a) em primeiro lugar, como um requisito básico, resultante do princípio de direito processual internacional da sadia administração da justiça⁶⁶ (*bonne administration de la justice*); b) em segundo lugar, porque reconvenções são ontologicamente dotadas de *autonomia*, e devem ser tratadas em pé de igualdade com as pretensões originais, as quais elas fazem tenção de neutralizar (...); c) em terceiro lugar,

⁶⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade**..., p. 9, para. 28.

⁶⁵ No local citado, para. 29.

⁶⁶ “*Sound administration of justice*”.


pretensões e reconvenções, “diretamente conexas” ⁶⁷ como elas devem ser, requerem uma observância estrita do *principe du contradictoire* no seu manejo, de modo geral; d) em quarto lugar, somente com uma observância fiel do *principe du contradictoire* pode a *igualdade processual* ⁶⁸ da partes (demandante e demandado, convertidos em demandado e demandante pela reconvenção) ser assegurada; e, em quinto lugar, último, mas não por isso menos importante, e) as questões levantadas pela pretensão original e pela reconvenção perante a Corte são importantes demais – tanto para a composição do caso quanto para o presente e o futuro do Direito Internacional – para terem sido tratadas pela Corte da maneira como foram, com a rejeição sumária da reconvenção.” ⁶⁹ (traduzimos)

A sua *Dissenting Opinion* em “Imunidades Jurisdicionais do Estado” não foi a primeira vez em que Cançado Trindade, membro da Corte Internacional de Justiça desde 6 de fevereiro de 2009, valeu-se de uma opinião separada com compleição de monografia jurídica para publicizar seu ponto de vista (divergente) a respeito das questões de direito internacional trazidas ao Palácio da Paz.⁷⁰

⁶⁷ “*Directly connected*”.

⁶⁸ “*Procedural equality*”.

⁶⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade** (referente ao Despacho de 06.07.2010), p. 10 (para. 30). Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16031.pdf>. Último acesso em 24.10.2010, às 11:33. Todos os grifos são do autor.

⁷⁰ Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)**. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade. 22.07.2010. Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/16003.pdf>. Último acesso em 14.12.2011, às 11:50 e INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.  **Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)**. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, de 20.04.2010. Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15885.pdf>. Último acesso em 14.12.2011, às 11:55.

3 PARTE II: AS NORMAS PEREMPTÓRIAS DE DIREITO INTERNACIONAL

3.1 HISTÓRICO

Muito embora a expressão *ius cogens* não tenha sido utilizada pelos juristas romanos⁷¹, seu conteúdo essencial pode ser encontrado na frase de Papiniano “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*”⁷² - “O direito público não pode ser mudado por pactos das pessoas privadas”. Max Kaser afirma que “essa sentença foi evidentemente cunhada com vistas a regras jurídicas de especial interesse público; ela se aplica sempre que a regra de direito estatal é peremptória (**ius cogens*), em contraste com o direito flexível (**ius dispositivum*).”⁷³

Além disso, o romanista depara-se também com a ideia de *jus cogens* nas Institutas de Justiniano, no capítulo reservado às *stipulationes* (promessas orais de obrigação) que não geram efeitos jurídicos (*inutiles*), onde se lê: “Aquilo que foi prometido por uma causa torpe, como, por exemplo, se alguém prometer que irá cometer um homicídio ou um sacrilégio, é inválido”⁷⁴.

⁷¹ Cf. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. **Römisches Privatrecht**. 17., wesentlich überarbeitete und ergänzte Auflage. München: C.H. Beck, 2003, p. 38. Tatyana Friedrich, em citação de Erik Suy, afirma que a primeira e única vez que o termo “*jus cogens*” aparece no Direito Romano é em D. 39, 5, 29: “*Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*”, sentença que nada tem a ver com a noção atual do instituto. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p. 25.

⁷² **Digesto**. 2,14,38.

⁷³ KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. **Römisches Privatrecht**. 17., wesentlich überarbeitete und ergänzte Auflage. München: C.H. Beck, 2003, p. 38. O autor acrescenta ainda: “Dispositivos de direito cogente [peremptório – *zwingend*] devem ser aplicados sempre, ao passo que os de direito flexível valem somente quando não se estabeleceu algo contrário a eles em negócio jurídico privado”.

⁷⁴ **Institutas**. 3.19.24. O trecho transcrito foi extraído da tradução inglesa de Scott (SCOTT, S.P. **The Civil Law**. II. Cincinnati, 1932). O texto original reza assim: “*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*”.

Ainda no âmbito do direito romano, outros exemplos de manifestações da ideia de *jus cogens* são a inexistência (e o consequente não-cabimento da *actio* correspondente) do contrato de mandato que tem por objeto coisa torpe (*res turpis*)⁷⁵, como, por exemplo, quando alguém se obriga a “pilhar um templo, ferir ou matar um homem”⁷⁶ e a impossibilidade de realização válida de outros atos jurídicos com objeto *contra bonos mores*: por exemplo, a adoção por tempo determinado⁷⁷, a multa contratualmente estipulada para compelir à manutenção do vínculo conjugal⁷⁸, a doação da expectativa de herança de um terceiro ainda vivo⁷⁹.

Mais de um milhar de anos depois de findo o período pós-clássico da jurisprudência romana, no século XVII, Pufendorf, o primeiro filósofo do direito a intentar a construção de um sistema de direito natural mediante o uso exclusivo da razão⁸⁰, mencionava, em seu tratado “*De iure naturae et gentium libri octo*”, as obrigações contrárias à lei. O autor propõe o seguinte silogismo: o homem não pode se obrigar a fazer aquilo que lhe é impossível; a lei proibitiva retira do homem o poder moral (*moral power*) ou habilidade (*ability*) para realizar aquilo que veta; portanto, não há maneira pela qual o ser humano se possa obrigar a realizar aquilo que a lei proíbe, uma vez que lhe é essa prestação moralmente impossível. Afinal, continua ele, “não seria extremamente absurdo

⁷⁵ D. XVII, 1, 6, 3. “Coisa” – *res* – não tem aqui, obviamente, o mesmo sentido que na seara dos direitos reais, mas, sim, o de negócio jurídico, fato material ou sequência de fatos materiais a serem realizados pelo mandatário. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 528.

⁷⁶ **Digesto**, livro 27, 1, 22, 6.

⁷⁷ **Digesto**, livro 1, 7, 34 – “*Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere*”.

⁷⁸ **Digesto**, livro XLV, 1, 134.

⁷⁹ **Digesto**, livro XXXIX, 5, 29, 2. Os três últimos exemplos foram recolhidos por KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. **Römisches Privatrecht**. 17., wesentlich überarbeitete und ergänzte Auflage. München: C.H. Beck, 2003, p. 81 e 404.

⁸⁰ Cf. VERDROSS, Alfred. **Abendländische Rechtsphilosophie**. Wien: Springer, 1958, p. 123.

que uma obrigação, a qual deriva da lei a sua força, nos que coloque na situação de ter de fazer algo que ela mesma proíbe absolutamente?” “Por isso, aquele que faz uma promessa contrária à lei peca; mas peca em dobro aquele que a cumpre”.⁸¹

Vattel trabalhou a oposição entre *ius dispositivum* e *ius necessarium*, mas a existência do último foi negada pelos positivistas Moser e Martens, para quem não era a incompatibilidade com o *ius necessarium* que tinha o condão de tornar nulo um contrato, mas o seu choque com as normas da moral. Finalmente, Guggenheim, epitomizando o positivismo radical, defendeu o ponto de vista de que o fundamento de validade do direito internacional não é outro que a vontade dos Estados e que, por esse motivo, o conteúdo dos tratados não poderia admitir restrições de nenhum gênero.⁸²

O grande nome da teorização das normas imperativas de direito internacional foi, contudo, o austríaco Alfred Verdross, autor do clássico *Forbidden Treaties in International Law*, artigo em que o autor

afirmava que uma norma de tratado é nula se for contrária a uma norma compulsória de direito internacional geral ou *contra bonos mores*. Esta última se formaliza quando o Estado, por força de um tratado internacional, fica impedido de cumprir as tarefas reconhecidas universalmente como atribuições de um Estado civilizado, tais como a manutenção de ordem pública, defesa do Estado contra ataques externos, cuidado com o bem-estar físico e espiritual dos cidadãos e proteção dos nacionais que se encontram no estrangeiro. Para o autor, eventuais divergências sobre a imoralidade de uma norma deveriam ser submetidas a um tribunal arbitral ou à Corte Permanente Internacional de Justiça.⁸³

⁸¹ PUFENDORF. **Of the law of nature and nations eight books**. The fourth edition, carefully corrected. Done into English by Basel Kennett. London: [s.n.], 1729, p. 290-292 (Livro III, cap.VII, ponto VII). Traduzimos.

⁸² IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 186.

⁸³ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 28s.

Após esse rápido olhar sobre sua origem histórica, no próximo ponto do trabalho serão analisadas – também rapidamente - as principais características das normas imperativas de direito internacional público – *jus cogens*, conforme a sua compreensão doutrinal hodierna.

3.2 CARACTERÍSTICAS

3.2.1 Definição e presença no direito posto

A maior parte das regras do direito internacional costumeiro podem ser modificadas ou mesmo completamente postas de parte [*abbedungen*] pelas partes a tratados internacionais (direito dispositivo). Isso, entretanto, não vale para aquelas normas do direito internacional consuetudinário, que, em face de sua relevância fundamental para a comunidade dos Estados, não são passíveis de alteração (direito cogente, *ius cogens*)⁸⁴. (traduzimos)

As normas peremptórias de direito internacional público foram definidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados – CVDT, celebrada em 1969, em seu Artigo 53:

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, **uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.** (grifamos)

Em resumo, chama-se *jus cogens* a qualquer norma cogente de direito internacional público, ou seja, a qualquer norma que não possa ser objeto de disposição – derrogação - pela vontade dos sujeitos de direito das gentes. Seja

⁸⁴ HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2010, p. 157.

regra estipulativa – estabelecida por tratado -, seja costumeira, toda e qualquer norma de direito internacional cujo conteúdo seja incompatível com *jus cogens* é integralmente despida de eficácia jurídica.⁸⁵

Uma das concepções mais sedimentadas a respeito do *jus cogens* é a que o identifica com a ordem pública (*ordre public*) internacional. No entanto, isso não implica serem as normas de direito imperativo uma mera transposição da noção de ordem pública do direito interno ao plano internacional. Ao contrário desta, o direito cogente internacional compreenderia, segundo Ipsen, um arcabouço reduzido de normas, protetivas de valores éticos e sociais indispensáveis para a existência da comunidade dos Estados.⁸⁶

Ipsen chama a atenção para o fato de que “as convenções⁸⁷ de Viena não se manifestam sobre quais normas, concretamente, integram o *jus cogens*”⁸⁸. Herdegen, por outro lado, explicita alguns exemplos: a proibição da guerra de ataque, os direitos humanos elementares, como a proibição do genocídio, da tortura, da escravidão e da discriminação racial, o direito à autodeterminação dos povos.⁸⁹ Afora isso, a ausência de um catálogo positivado “não é um obstáculo para que se avalie, individualmente, o caráter peremptório de uma norma”⁹⁰.

⁸⁵ IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 165.

⁸⁶ IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 187.

⁸⁷ Aqui, Ipsen refere-se tanto à CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados Celebrados *entre Estados*, de 1969, quanto à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados Celebrados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, concluída em 21 de março de 1986. A Convenção ainda não em vigor reproduz no seu o texto dos Arts. 53, 64 e 71 daquela celebrada em 1969.

⁸⁸ IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 191.

⁸⁹ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2010, p. 157.

⁹⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 43.

Além do *caput* do Art. 53, ainda outros dispositivos da CVDT fazem menção ao conceito de *jus cogens*. Dentre eles destacam-se o Art. 64, o Art. 66, letra “a” e o Art. 71, para. 1, letra “b”.

Do Art. 64 resulta uma ampliação do Art. 53, pois aquele admite a hipótese de que um tratado em vigor seja tornado inválido pelo superveniente surgimento de norma imperativa.

O Art. 66, letra “a”, introduzido no texto convencional por sugestão dos países latino-americanos, concebe a possibilidade de que uma eventual disputa sobre interpretação e aplicação do complexo normativo formado pelos Arts. 53 e 64 da CVDT seja submetida à Corte Internacional de Justiça.⁹¹

Os efeitos de uma norma imperativa não se esgotam na nulidade do tratado, mas informam todas as relações jurídico-internacionais das partes contratantes. Por essa razão, todas as ações pautadas em tratados, como a objeção, a denúncia, a retirada, a suspensão, a rescisão e a alteração são inadmissíveis, se contrárias a norma de *jus cogens*. E o mesmo vale para o descumprimento de obrigações advindas de tratado mediante represália.⁹²

Os efeitos listados acima por Ipsen emanam do Art. 71, para. 1, letra “a” da CVDT. De acordo com essa regra, o sujeito responsável deve “a) eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral”.

3.2.2 Distinção entre *jus cogens* e outros conceitos

⁹¹ IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 188.

⁹² IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004, p. 190.

O *jus cogens* apresenta duas “características substantivas básicas”, explica Orakhelashvili: 1) a proteção não-fragmentável do interesse da comunidade e; 2) o efeito restritivo sobre a liberdade de ação dos Estados.⁹³

Tendo diante dos olhos esses dois distintivos, reproduz-se, na sequência, as ideias do mesmo autor a respeito da diferenciação entre *jus cogens* e outros quatro conceitos que com ele guardam alguma semelhança: os tratados com conteúdo especialmente relevante, as obrigações interdependentes, as obrigações absolutas e as obrigações *erga omnes*.

Quanto ao primeiro desses conceitos, os tratados de conteúdo especialmente relevante, trata-se de expressões do fenômeno convencional como os tratados de paz e os tratados sobre regimes territoriais. Eles assemelham-se a dispositivos de direito cogente pelo fato de o seu conteúdo, em virtude da importância que lhe atribui determinado Estado ou grupo de Estados, ser capaz de “de alguma forma”, diz Orakhelashvili, transcender a esfera bilateral. Assim, esses tratados acabam por gerar obrigações impossíveis de serem reduzidas a relações bilaterais. Esse seria o caso, por exemplo, do tratado sobre o banimento dos testes nucleares, afirma o especialista. Entretanto, essa espécie de obrigações não possui a mesma carga de valores éticos e sociais que impregnam as normas de *jus cogens*. O mero fato não serem redutíveis a relações bilaterais não implica a sua identificação com imperativos de ordem pública internacional.

As convenções sobre desarmamento, de outra parte, seriam um exemplo de tratados gerando obrigações integrais. Num tratado multilateral dessa natureza, se uma das partes descumpra a obrigação estatuída, as outras têm o direito não apenas de descumpri-la face à parte que primeiro o fez, como

⁹³ “Non-fragmentable protection of the community interest” e “constraining effect on the freedom of action of States”. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 83. O tópico a seguir são um resumo de alguns pontos trazidos pelo autor entre as páginas 83 e 97 do referido livro.

também face a todas as demais partes ao tratado. É esse o motivo por que são chamadas obrigações “integrais”. Uma violação sobremodo grave por apenas uma das partes pode ter por consequência até mesmo a extinção do tratado. E aqui reside uma diferença fulcral entre as obrigações integrais e o *jus cogens*: a violação a este não pode ser respondida com uma igual violação – a represália violando norma imperativa não é possível.⁹⁴

As obrigações integrais são, portanto, muito diferentes das obrigações absolutas ou objetivas (*objective treaty obligations*). São aquelas que derivam, por exemplo, dos tratados sobre direitos humanos, sobre direito internacional humanitário e sobre direito internacional do trabalho. Nelas, não há reciprocidade de ônus e bônus nos compromissos assumidos pelos Estados-Partes. Além disso, seu *télos* não está no fomento a interesses dos Estados, mas na proteção dos indivíduos como tais. Enquanto as obrigações integrais admitem perfeitamente manifestações do princípio da reciprocidade – pense-se concretamente na hipótese de represália⁹⁵, como já se mencionou acima -, tratando-se de obrigações objetivas, a reciprocidade é completamente inadmissível. Demais, ao passo que nas obrigações integrais não há qualquer fundamento fora do direito estipulativo, as obrigações absolutas caracterizam-se pela importância de sua base extracontratual. Outra diferença está na derogabilidade: havendo autorização pelas outras partes, pode haver derrogação de obrigações integrais; o mesmo não se pode dizer das absolutas, que são inderrogáveis. Em comum as duas espécies têm apenas a característica de não serem partíveis, isto é, redutíveis a um feixe de obrigações bilaterais.

⁹⁴ Cf. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 267.

⁹⁵ REZEK lembra a definição de represália: “ato ilícito com que certo Estado pretende penitenciar outro ilícito praticado por seu homólogo”. A ilicitude da medida é onde reside a diferença entre represália e mera retorsão. Cf. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 389.

A diferença entre obrigações convencionais objetivas e obrigações recíprocas incorporadas em tratados multilaterais (...) é a mesma diferença que há entre *jus cogens* e *jus dispositivum* no direito internacional geral.⁹⁶ (traduzimos)

Qual é, entretanto, a diferença entre obrigações absolutas e *jus cogens*? A diferença é que, embora se trate de “compromissos unilaterais contratados diante do mundo representado pelas demais partes acordantes”⁹⁷ as obrigações absolutas são assumidas por tratado, enquanto o *jus cogens* “opera de forma absoluta e incondicional”⁹⁸.

As obrigações *erga omnes partes* são obrigações de um Estado não frente a outro ou outros, mas frente a toda a comunidade internacional⁹⁹, e cujo objeto consiste em “preocupações [ou interesses - *Anliegen*] de todos os Estados”¹⁰⁰. Havendo lesão a obrigação *erga omnes*, “qualquer Estado pode invocar a responsabilidade, exigindo do Estado culpado a cessação da lesão jurídica e a reparação [conveniente]”¹⁰¹.

Para Orakhelashvili, há duas situações capazes de originar obrigações *erga omnes*. Em primeiro lugar, quando os Estados decidem imbuir determinada obrigação convencional desse caráter, como pode acontecer, por exemplo, em tratados sobre território ou desarmamento. A hipótese principal, entretanto, é que se dá quando o caráter *erga omnes* está implicado na

⁹⁶ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 90.

⁹⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 87.

⁹⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 67.

⁹⁹ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 298.

¹⁰⁰ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 298.

¹⁰¹ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 299.

natureza da própria obrigação. A esse respeito pronunciou-se a CIJ no caso *Barcelona Traction*¹⁰², qualificando as obrigações cuja matéria é de tal relevância, que todos os Estados têm interesse jurídico em sua proteção.

O “*jus cogens* e as obrigações *erga omnes* [do segundo tipo] não são mais de que dois lado da mesma moeda”¹⁰³. Todas as normas peremptórias de direito internacional público geram obrigações *erga omnes*¹⁰⁴ - a relação entre as duas é que aquelas são, via de regra, a origem destas¹⁰⁵. As obrigações *erga omnes* são consequência da natureza de ordem pública de uma norma de direito internacional, ao mesmo tempo que um instrumento para sua efetivação.

Crowford¹⁰⁶ afirma que as “normas peremptórias e as obrigações *erga omnes* são virtualmente coextensivas”. De fato, pode-se verificar com facilidade que a matéria envolvida pelo direito internacional cogente coincide com a das obrigações absolutas: a proibição do genocídio, os direitos humanos mais básicos, o direito de autodeterminação dos povos.

Em conclusão, o critério a ser adotado para distinguir o *jus cogens* de outros conceitos (cognatos seus ou não) deve, pode-se afirmar na esteira de

¹⁰² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. “**Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)**”, 1958. Versão digitalizada dos autos está disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=bt&case=41&k=4e>. Último acesso em 24.11.2011, às 11:22.

¹⁰³ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 268s.

¹⁰⁴ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 269. O autor faz a ressalva de que a recíproca nem sempre é verdadeira.

¹⁰⁵ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2010, p. 157.

¹⁰⁶ Citado por ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 270.

Orakhelashvili, pautar-se sempre pelos seu distintivo material - o tipo de interesse salvaguardado - e formal - a inderrogabilidade -, o segundo consequência do primeiro:

Da perspectiva da ordem pública, o sistema jurídica internacional divide-se em dois tipos básicos de regras e obrigações: aquelas salvaguardando os interesses dos Estados individuais, que são de caráter recíproco ou bilateral, e aquelas salvaguardando interesses da comunidade jurídica como um todo, que possuem um caráter objetivo, integral: *jus dispositivum* e *jus cogens*.¹⁰⁷

Na primeira parte do trabalho, analisou-se o complexo fático (o caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado”) do qual se extraiu a questão central – “a renúncia por um Estado a pretensões de reparação de nacionais seus vítimas de crimes de guerra constitui violação a norma peremptória de direito internacional público – *jus cogens*?”. Na segunda parte, foram estudadas as normas de *jus cogens*, seu histórico, suas características e a distinção entre elas e outros institutos de direito internacional público. A terceira e última parte do trabalho, que inicia a seguir, fará a subsunção da questão central, formulada hipoteticamente, às normas que se acabou de estudar.

¹⁰⁷ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 97.

4 PARTE III: AVALIAÇÃO DE HIPÓTESE

4.1 HIPÓTESE

Hipotetiza-se a celebração de um tratado contendo uma cláusula semelhante à do Art. 77, para. 4º, do Tratado de Paz com a Itália:

O Estado A renuncia em seu nome e em nome dos seus nacionais a todas as pretensões contra o Estado B e nacionais deste pendentes em 1 de janeiro de 2012, com exceção daquelas oriundas de contratos e de outras obrigações firmadas e direitos adquiridos antes de 31 de dezembro de 2011. Deve-se considerar essa renúncia como incluindo dívidas, todas as pretensões intergovernamentais respectivas a acordos firmados no curso da guerra entre o Estado A e o Estado B, e **todas as pretensões por perda ou dano surgidas durante a guerra.**

Para desvincular a hipótese das vicissitudes históricas com as quais se imiscuem os sujeitos concretos da relação jurídica regulada pelo tratado, a seguir tampouco se falará mais de Itália ou Alemanha, mas de, respectivamente, Estado A (lesionado) e Estado B (lesionante). Ao sujeito hipotético, vítima de lesões perfeitamente idênticas às que sofreu Luigi Ferrini, chamar-se-á “ofendido”. Além disso, considerar-se-á o referido tratado como celebrado na data de 31 de dezembro de 2011.

Como pano de fundo do tratado, hipotetiza-se, portanto, também que tenham ocorrido violações a direitos humanos exatamente iguais às que sofreu Luigi Ferrini, a saber: 1) aprisionamento; 2) condução forçada para um país estrangeiro; 3) lesões corporais; 4) constrangimento à prestação de trabalhos forçados numa fábrica de armamentos localizada no território da potência ocupante e a serviço desta.

Considera-se terem sido todas essas violações perpetradas numa situação de ocupação, pelo exército da potência ocupante.

Por fim, para limitar a hipótese o máximo possível ao direito internacional costumeiro (geral), considerar-se-á que nem o Estado B nem o Estado A são partes de qualquer tratado além da Carta da ONU.¹⁰⁸

4.2 AVALIAÇÃO

Os passos seguidos na análise da hipótese apresentada serão os seguintes:

- 1) Existência de pretensão de reparação no plano do direito internacional titularizada, principalmente, por um indivíduo:
 - a. Existência de dano;
 - b. Existência de responsabilidade internacional pelo dano:
 - i. Imputabilidade;
 - ii. Ilícitude.
 - c. Titularização da pretensão de reparação pelo indivíduo ofendido.

¹⁰⁸ Na hipótese apresentada, os dois Estados envolvidos não são, portanto, partes à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados Celebrados entre Estados - CVDT, de 1969. Isso, entretanto, não os exime da submissão aos dispositivos dela, uma vez que, de um lado, a CVDT é, em grande medida, apenas a codificação de regras de direito costumeiro muito anteriores à sua celebração, e, de outro lado, diante da sua enorme influência sobre a prática dos Estados, bem como do grande número de países que a ratificaram, também no que se refere às questões polêmicas que veio regular, a CVDT já integra o direito internacional consuetudinário. Cf. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. München: C.H. Beck, 2010, p. 121.

- 2) Existência de tratado contendo cláusula de renúncia a essa pretensão de reparação;
- 3) Existência de choque entre a cláusula de renúncia e o Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados Celebrados entre Estados, de 1969:
 - a. Conflito com norma peremptória de direito internacional geral:
 - i. Norma;
 1. Norma aceita e reconhecida pela Comunidade internacional dos Estados como um todo;
 - ii. Norma de que nenhuma derrogação é permitida;
 - b. Existência do conflito ao momento da celebração do tratado.

4.2.1 Existência de pretensão de reparação no plano do direito internacional titularizada, principalmente, por um indivíduo

4.2.1.1 Existência de dano

Conforme afirma Herdegen¹⁰⁹, pautando-se pelo Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade do Estado, são dois os elementos constitutivos da responsabilidade por ato ilícito internacional (*internationally wrongful act*): 1) comportamento imputável

¹⁰⁹ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 441.

(attributable, *zurechenbar*); 2) lesão a um dever de direito internacional público (*breach of an international obligation, Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht*).

Porém, não parece razoável proceder à análise dos quesitos enumerados sem antes comprovar se houve, de fato, um dano pelo qual o Estado B possa a vir a ser responsabilizado e pelo qual o Estado A possa pleitear reparação.

Na hipótese em análise, não resta dúvida o dano se deu, pois o direito à integridade física e à liberdade, esta incluindo obviamente a proibição à escravidão e ao trabalho forçado, são inerentes à pessoa humana¹¹⁰. Houve, assim, dano a bens jurídicos do ofendido, e, portanto, dano ao Estado A, do qual o ofendido é nacional.¹¹¹

Houve, portanto, dano: material com relação ao indivíduo ofendido, ideal com relação ao Estado A, do qual o ofendido é nacional.

Na realidade, contudo, ao contrário do direito interno, o direito internacional tradicional não exige, como condição para a responsabilização, a existência do *verpönter Erfolg* – do sucesso desastroso, que faz presumir a ilicitude da ação ou omissão que lhe deu causa. Verdross mostra não haver outro requisito fundamental para a responsabilização além da violação de norma do direito internacional público: não é necessário, pois, dano de nenhum tipo, seja econômico, seja ideal – “toda violação do direito das gentes gera, *enquanto tal*, a responsabilidade do Estado culpado”¹¹².

¹¹⁰ Cf., por exemplo, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigos 1 e 3; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigos 6, 8 e 9; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigos 4, 5 e 6.

¹¹¹ Cf. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

¹¹² VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. Fünfte, neu bearbeitete und ergänzte Auflage. Wien: Springer, 1964, p. 374.

4.2.1.2 Existência de responsabilidade internacional pelo dano

4.2.1.2.1 Imputabilidade

Alisando o primeiro dos dois elementos do ilícito internacional – a imputabilidade, verifica-se a existência de responsabilidade direta do Estado B (lesionante), a qual é desencatilhada pelo atuar ilícito de órgão estatal “de qualquer natureza ou nível hierárquico” ¹¹³, uma vez que os atos lesivos foram praticados por grupo integrante de suas forças armadas.

4.2.1.2.2 Illicitude

Quanto à lesão a um dever de direito internacional público, defronta-se o julgador com o fato de que tanto o princípio da diferenciação entre população civil e combatentes, quanto a definição de pessoa civil assentada no parágrafo 1º do Art. 50 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, quanto ainda a regra de que as operações militares não podem atingir objetos civis senão como efeito colateral de um ataque a alvo militar, integram o direito internacional costumeiro. ¹¹⁴

No caso apresentado não se destacou que o Estado B (lesionante) tivesse assumido a posição de *persistent objector* relativamente a algum desses princípios e regras do costume internacional, de modo que se presume a não-elisão, para ele, da *opinio juris* e da *consuetudo*, não podendo, por

¹¹³ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 284. Cf. Art. 4º do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade do Estado, em UNITED NATIONS. **Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session**. New York, 2001, p. 44. Disponível na internet sob o endereço http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/a_56_10.pdf.

¹¹⁴ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2010, p. 425.

consequente, o Estado B subtrair-se à sujeição a esses ditames do direito internacional costumeiro.

Segundo o supracitado Art. 50, parágrafo 1º, do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1950:

É pessoa civil qualquer pessoa que não pertença a uma das categorias de pessoas a que se refere o Artigo 4, letra A, itens 1), 2), 3) e 6) da Terceira Convenção, e o Artigo 43 do presente Protocolo. Em caso de dúvida a respeito da condição de uma pessoa, ela será considerada como civil.¹¹⁵

Conforme essa definição eminentemente exclusiva, considera-se pessoa civil quem *não* for:¹¹⁶

1) Membro das forças armadas de uma Parte no conflito ou membro das milícias e dos corpos de voluntários que façam parte destas forças armadas;

2) Membro de outra milícia ou outro corpo de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte no conflito operando fora ou no interior do seu próprio território, mesmo se este território estiver ocupado, desde que estas milícias ou corpos voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, desde que satisfeitas as seguintes condições: a) ter à sua frente uma pessoa responsável pelos seus subordinados, b) ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância,

¹¹⁵ O Brasil fez o depósito da carta de adesão a esse protocolo em 5 de maio de 1992. O texto em português está disponível no sítio do Ministério das Relações Exteriores sob o endereço [http://www2.mre.gov.br/dai/protocolo I.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/protocolo%20I.htm). Último acesso em 22.10.2011, às 21:41.

¹¹⁶ As quatro primeiras hipóteses referem-se ao Art. 4, letra A, inc. 1, 2, 3 e 6 da Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra; a última hipótese, ao Art. 43 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949. Os textos integrais da Convenção e do Protocolo estão disponíveis no sítio do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, respectivamente sob os endereços [http://www2.mre.gov.br/dai/m 42121iii 1957.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m%2042121iii%201957.htm) e <http://www2.mre.gov.br/dai/protocolo%20I.htm>. Último acesso em 22.10.2011, às 22:03.

c) usarem as armas à vista, d) respeitarem, nas suas operações, as leis e usos de guerra;

3) Membro de forças armadas regulares que obedeçam a um Governo ou a uma autoridade não reconhecida pela Potência detentora;

4) Indivíduo integrante da população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar em força armada regular, desde que transporte as armas à vista e respeite as leis e costumes da guerra.

5) Indivíduo pertencente a força, grupo ou unidade, armado e organizado, colocado sob um comando responsável pela conduta de seus subordinados perante uma Parte em conflito, mesmo quando esta está representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos por uma Parte adversa.

O ofendido não era soldado nem pegou voluntariamente em armas; logo, não se encaixa em nenhuma das hipóteses listadas acima e é, por isso, considerado pessoa civil.

Para concluir, tem-se que: 1) houve danos aos bens jurídicos integridade física e liberdade do ofendido, nacional do Estado A; 2) o ofendido é pessoa civil; 3) a lesão aos seus bens juridicamente tutelados integridade física e liberdade aconteceu não como efeito colateral de um ataque a um alvo militar, mas foi centrada sobre o próprio ofendido. Portanto, está caracterizada a imputabilidade do Estado B, já que a ação foi perpetrada por órgão seu (forças armadas).

Diante disso, verificada está também a ocorrência de ato ilícito internacional gerador de responsabilidade para o Estado B.

4.2.1.3 Titularização da pretensão de reparação pelo indivíduo ofendido

Superado esse passo prévio, chega-se à soleira da indagação principal: quem é o titular da pretensão de reparação em face do Estado B, o Estado A ou o ofendido, nacional seu?

Afirmou-se acima que o dano ao ofendido, nacional do Estado A, implica dano ao próprio Estado A, o que preenche a exigência do direito internacional público tradicional, o qual reclama o dano a uma personalidade de direito das gentes para reconhecer a existência de responsabilidade de Estado. Para Rezek, por exemplo, “[s]ó o Estado vitimado por alguma forma de dano (...) tem qualidade para invocar responsabilidade internacional do Estado faltoso”.¹¹⁷

Volte-se o olhar do leitor para o Art. 33 dos *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional – CDI sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos):

Artigo 33. Campo de aplicação das obrigações internacionais detalhadas nesta Seção

1. Os deveres do Estado responsável detalhados nesta Seção podem ter como credor outro Estado, vários Estados ou a comunidade internacional como um todo, dependendo em particular da natureza e do conteúdo do dever internacional e das circunstâncias da violação.

2. Esta Seção não prejudica qualquer direito derivado da responsabilidade internacional de um Estado que possa surgir diretamente para uma pessoa ou entidade não-estatal.¹¹⁸
(traduzimos e grifamos)

¹¹⁷ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 287.

¹¹⁸ “Article 33. Scope of international obligations set out in this Part. 1. The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach. 2. This Part is without prejudice

Como confirmado expressamente nos comentários a ele, o Art. 33 apenas *reconhece* a possibilidade de a titularidade do direito de reparação caber diretamente a um indivíduo. Extrai-se do texto, porém, tanto que essa não é a situação típica, quanto que a sua regulação foge ao escopo dos *Draft Articles*.¹¹⁹

Como os *Draft Articles* não deixam à questão da titularidade individual do direito de reparação mais de que uma janela aberta, para buscar mais eficazmente uma resposta à pergunta apresentada, pode-se estreitar-lhe o campo de alcance, tornando-a mais concreta.

A situação hipotética preenche todos os requisitos para a emersão de responsabilidade internacional do Estado ofensor conforme o Art. 3º da Convenção da Haia sobre as Leis e Costumes da Guerra em Terra (18.10.1907), em cotejo com a “Convenção de Genebra relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra”, de 12 de agosto de 1949, mais conhecida como a IV Convenção de Genebra, tanto uma quanto outra independentemente de direito

to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”. O texto completo elaborado pela CDI, com comentários, (INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission 2001**. New York, Geneva: United Nations, volume II, part two, p. 94, 2007) está disponível sob o endereço http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Último acesso em 23.10.2011, às 15:39.

¹¹⁹ “The articles do not deal with the possibility of the invocation of responsibility by persons or entities other than States, and paragraph 2 makes this clear. It will be a matter for the particular primary rule to determine whether and to what extent persons or entities other than States are entitled to invoke responsibility on their own account. Paragraph 2 merely recognizes the possibility: hence the phrase “which may accrue directly to any person or entity other than a State”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission 2001**. New York, Geneva: United Nations, volume II, part two, p. 95, 2007.

convencional, uma vez que já integram o direito internacional consuetudinário¹²⁰.

O pressuposto de aplicabilidade do Art. 2º da IV Convenção de Genebra encontra-se preenchido, uma vez que a situação apresentada é a de ocupação do território de uma potência por outra:

Artigo 2º. A Convenção aplicar-se-á igualmente em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo que esta ocupação não encontre qualquer resistência militar.

As violações cometidas contra o ofendido (aprisionamento, condução forçada para um país estrangeiro, lesões corporais, constrangimento à prestação de trabalhos forçados numa fábrica de armamentos localizada no território da potência ocupante e a serviço desta) pelo Estado B contrariam o disposto no Art. 46 do Apêndice à IV Convenção da Haia, em interpretação extensiva¹²¹, e diretamente a várias proibições constantes dos Artigos 27, 49 e 51 da IV Convenção de Genebra:

Artigo 27. As pessoas protegidas têm direito, em todas as circunstâncias, ao **respeito da sua pessoa**, da sua honra, dos seus

¹²⁰ Cf. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. München: C.H. Beck, 2010, p. 420s. O autor aponta para o parecer da CIJ “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory”, ICJ Reports, 2004, p. 194, n. 139. Cf. também JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 555.

¹²¹ “**Art. 46. [Proteção do indivíduo e da propriedade privada]** A honra e os direitos da família, a vida dos cidadãos e a propriedade privada, bem como as convicções religiosas e os atos de culto devem ser respeitados”. Tradução livre da versão alemã do texto recolhida em RANDELZHOFFER, Albrecht (Ed.). **Völkerrechtliche Verträge**. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010, p. 717. O próprio editor desse vade-mécum afirma, em nota de rodapé nessa mesma página, que a segunda e a terceira seções das *The Hague Rules on Land Warfare* são completadas pela IV Convenção de Genebra de 1949. Em ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. rev. pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. São Paulo: Saraiva: 1982, p. 280 oferece-se a seguinte tradução: “A honra e os direitos da família, a vida dos indivíduos e a propriedade privada, bem como as convenções religiosas e o exercício dos cultos, devem ser respeitados. A propriedade privada não pode ser confiscada”.

direitos de família, das suas convicções e práticas religiosas, dos seus hábitos e costumes. Serão tratadas, sempre, com humanidade e **protegidas**

especialmente contra todos os atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública.

(...)

Artigo 49. As transferências forçadas, em massa ou individuais, bem como as **deportações de pessoas protegidas do território ocupado para o da Potência ocupante** ou para o de qualquer outro país, ocupado ou não, são proibidas, qualquer que seja o motivo.¹²²

(...)

Artigo 51. (...) A Potência ocupante não poderá obrigar ao trabalho as pessoas protegidas, a não ser que tenham idade superior a 18 anos; e nesse caso **apenas em trabalhos necessários às exigências do exército de ocupação ou nos serviços de utilidade pública, alimentação, habitação, vestuário, nos transportes ou na saúde da população do país ocupado. As pessoas protegidas não poderão ser compelidas a qualquer trabalho que as obrigue a tomar parte em operações militares.** A Potência ocupante não poderá obrigar as pessoas protegidas a garantir pela força a segurança das instalações onde executem um trabalho obrigatório.

O trabalho não será executado senão no interior do território ocupado onde estiverem as pessoas de que se trata. Cada pessoa requisitada será, na medida do possível, conservada no seu lugar habitual de trabalho. O trabalho será equitativamente remunerado e proporcionado às possibilidades físicas e intelectuais dos trabalhadores. A legislação em vigor no país ocupado referente às condições de trabalho e às medidas de proteção, especialmente no que respeita a salários, horas de trabalho, equipamento, instrução inicial e a reparações por acidentes de trabalho e doenças profissionais, será aplicável às pessoas protegidas submetidas aos trabalhos de que trata este artigo.

Em caso algum as requisições de mão-de-obra poderão conduzir a uma mobilização de trabalhadores com organização de caráter militar ou semimilitar.¹²³

As seções três e quatro das *The Hague Rules on Land Warfare* (Regras da Haia sobre a Guerra em Terra) são complementadas pela Convenção de Genebra de 1949 sobre a Proteção dos Civis em Tempo de

¹²² A versão do texto é a oferecida pelo banco de dados na internet da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, disponível sob o endereço Mais adiante o artigo faz a ressalva das evacuações realizadas no próprio interesse da população da potência ocupada, situação que não corresponde à hipótese em análise.

¹²³ Destacaram-se os dispositivos frontalmente violados dos Artigos 27, 49 e 51.

Guerra, de modo que os dois tratados compõem um mesmo sistema de normas de direito internacional humanitário.¹²⁴

Assim sendo, deduz-se que a violação a disposições do Direito de Genebra sobre *jus in bello* engendra responsabilidade do Estado ofensor conforme o Art. 3º da IV Convenção da Haia:

Art. 3. A Parte beligerante que violar as disposições da supramencionada Regulação deve, caso necessário, ser responsável pelo pagamento de compensação. Ela deve ser responsabilizada por todos os atos cometidos pelas pessoas integrantes das suas forças armadas.¹²⁵

Porém, quanto a essa responsabilidade, há uma divergência fulcral de opiniões, correspondente à pergunta apresentada ao início desta seção: a quem cabe a titularidade da pretensão de reparação conforme o Art. 3º da IV Convenção da Haia, ao indivíduo ou ao Estado de que é nacional?

Herdegen, baseando-se em decisões do Tribunal Constitucional Alemão e do *Bundesgerichtshof*¹²⁶, garante que:

Abusos cometidos contra a população civil geram, conforme tradicional entendimento, no plano do direito internacional público, pretensões de reparação para o Estado de origem [da vítima] enquanto “Parte Beligerante” (Art. 3º da Convenção da Haia sobre as

¹²⁴ Cf. nota *supra* sobre o Art. 46 do Apêndice à IV Convenção da Haia.

¹²⁵ Tradução do texto em inglês obtido no sítio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha - <http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/195>. Último acesso em 24.10.2011, às 10:03 -, em cotejo com o texto oferecido por RANDELZHOFFER, Albrecht (Ed.). **Völkerrechtliche Verträge**. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010, p. 712. “Art. 3. A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”.

¹²⁶ *Bundesgerichtshof* - Corte Federal de Justiça da Alemanha. O caso concreto a que faz referência Herdegen tem por base fática precisamente o fuzilamento de reféns no vilarejo grego de Distomo (Decisão publicada em 26.06.2003, III ZR 245/98).

Leis e Costumes da Guerra em Terra), mas não para as vítimas individualmente”. (traduzimos)

Cançado Trindade, por outro lado, na já citada Opinião Dissidente, afirma o seguinte:

Nos dias da histórica II Conferência de Paz, realizada aqui, na Haia, os Estados participantes decidiram estabelecer uma obrigação geral, incumbente a *todas* as partes num conflito armado, de prover reparações (não apenas da parte dos Estados derrotados em favor dos vitoriosos, como era o caso na prática estatal anterior). Isso foi feito *com base numa proposta alemã*, que resultou no Artigo 3º da IV Conferência da Haia, [que] é o primeiro dispositivo tratando especificamente de um regime de *reparação* por violações do direito internacional humanitário. Graças à tranquilizadora proposta alemã, o Artigo 3º da IV Convenção da Haia de 1907 deixou claro que seu propósito era o de *conferir direitos imediatamente aos indivíduos, a seres humanos* antes que a Estados. Esse legado da II Conferência de Paz da Haia projeta-se até os nossos dias.¹²⁷ (traduzimos)

Assim, para Cançado Trindade, o Art. 3º da IV Convenção da Haia de 1907 foi criado com o propósito de criar direitos internacionais subjetivos direta e imediatamente para indivíduo vítima de crimes de guerra, sem passar pela mediação do Estado de sua nacionalidade.

Deste modo, tendo diante dos olhos duas opiniões diametralmente opostas, bifurca-se o caminho do jurista debruçado sobre este problema: como se deve interpretar o Artigo 3º da IV Convenção da Haia? A quem cabe a titularidade da pretensão de reparação no caso proposto?

Essa pergunta, o jurista começa a confrontá-la com uma afirmação que deságua numa nova pergunta: para ser titular de uma pretensão, é necessário

¹²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade** (referente ao Despacho de 06.07.2010), p. 33 (para. 116, 117). Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16031.pdf>. Último acesso em 24.10.2010, às 11:33. Tradução livre. Os grifos são do autor.

que o indivíduo tenha, antes de tudo, capacidade jurídica internacional – ele a tem?

A subjetividade jurídica, conceito da teoria geral do direito, significa a capacidade de ser titular de direitos e deveres, como explica Miguel Reale:

(...) o Direito é uma ordenação bilateral atributiva das relações sociais na medida do bem comum. Isto quer dizer que, em toda relação jurídica, duas ou mais pessoas ficam ligadas entre si por um laço que lhes atribui, de maneira proporcional ou objetiva, poderes para agir e deveres a cumprir.

O titular, ou seja, aquele a quem cabe o *dever a cumprir* ou o *poder de exigir*, ou ambos, é que se denomina sujeito de direito.¹²⁸

Com efeito, a doutrina sedimentada define sujeito de direito como aquele que tem capacidade jurídica, e capacidade jurídica como a possibilidade de ser, de forma autônoma, titular de direitos e deveres.¹²⁹

Enfocando, agora, mais especificamente a subjetividade jurídica de direito internacional, verifica-se, de início, a existência de uma polissemia na expressão “sujeito de direito internacional público”. De um lado essa expressão abarcaria apenas aqueles entes competentes para a criação de normas de direito das gentes - segundo o mesmo material, “ainda hoje ainda essencialmente os Estados”¹³⁰. De outro lado, poder-se-ia chamar sujeito de direito internacional público a todo aquele que tem capacidade de ser titular de

¹²⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 223.

¹²⁹ Cf. RECHTSFÄHIGKEIT e RECHTSSUBJEKT. In CREIFELDS, Carl (ed.). **Rechtswörterbuch**. 8. ed. München, C.H. Beck, 1986, p. 905 e 916, respectivamente. No mesmo sentido aponta também o dicionário jurídico do paranaense De Plácido e Silva, restringindo-se, entretanto, à titularidade sobre direito (não mencionando os deveres). Cf. CAPACIDADE. In SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248s.

¹³⁰ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C.H. Beck, 2010, p. 144, garante que a referência à prática dos Estados, no que concerne aos elementos componentes do direito internacional costumeiro, aponta para o fato de que estes são ainda os portadores/detentores (*Träger*) e senhores (*Herren*) do processo de criação do direito (internacional).

direitos e deveres perante o ordenamento jurídico internacional, este último conceito correspondendo à mera redução ao plano do direito internacional da ideia – “sujeito de direito” – que se vinha desenvolvendo nos parágrafos anteriores.¹³¹

Ao subsumir o caso em estudo a essas duas noções, tem-se que o ofendido de forma alguma poderia ser considerado sujeito de direito internacional conforme a primeira, não se excluindo, porém, *a priori*, a possibilidade de que o seja conforme a segunda.

E mesmo dentro dessa subespécie seria possível traçar, com Akehurst¹³² uma nova distinção, a distinção entre regras estabelecidas em benefício dos indivíduos, e direitos, propriamente ditos, dos indivíduos. O australiano ilustra muito bem o seu ponto com a seguinte comparação: o direito internacional pode proteger os indivíduos à semelhança das regras internas que proíbem atos de crueldade contra os animais – não é por serem objeto de proteção dessas regras que os animais ganham a condição de sujeitos de direito.

O critério para provar que existem, de fato, direitos *dos indivíduos* no plano internacional estaria, para o autor, não nos direitos estabelecidos a seu favor, mas na possibilidade de os indivíduos poderem, eles mesmos, exigí-los perante tribunais internacionais.¹³³ Akehurst encerra assim a sua leitura do tema:

¹³¹ É também, entre outros motivos, por não fazer essa distinção que Rezek nega ao indivíduo a qualidade (mesmo restrita) de sujeito de direitos das gentes. Cf. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154s.

¹³² AKEHURST, Michael. **Introdução ao direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 91.

¹³³ Hoje, isso já é em boa medida uma realidade, como se mostrará *infra*.

Em conclusão, devemos fazer notar que a personalidade jurídico-internacional de indivíduos e sociedades (bem assim como das organizações internacionais¹³⁴) é ainda comparativamente rara e limitada. Além do mais, é *derivada*, no sentido de que só pode ser atribuída pelos estados (...). Consequentemente, quando alguns estados afirmam serem os indivíduos sujeitos de Direito Internacional, enquanto que outros o negam, ambos os grupos podem ter razão; se os estados do primeiro grupo conferem direitos internacionais a indivíduos, estes são sujeitos de Direito Internacional no que se refere a esses estados; os estados do segundo grupo podem, praticamente, impedir que os indivíduos adquiram personalidade jurídica internacional, pelo simples fato de se absterem de lhes conferir quaisquer direitos válidos de acordo com o Direito Internacional.¹³⁵

Hoje, a doutrina nacional tende para a aceitação da (naturalmente restrita) subjetividade jurídico-internacional do indivíduo - posição contra a qual opõe-se, sem reboço, Rezek: “[n]ão têm personalidade jurídica de direito internacional os *indivíduos* (...)”¹³⁶.

Paulo de Borba Casella¹³⁷, atualizador do manual de Hildebrando Accioly, distingue a concepção clássica a respeito dos sujeitos de direito internacional público – apenas os Estados – da individualista, realista ou pós-moderna, segundo a qual o indivíduo, destinatário de todos os outros ramos do direito, seria-o também do direito internacional. O autor menciona ainda a possibilidade responsabilização penal internacional do indivíduo como uma hipótese pela qual este se faz sujeito direto do *jus internationale*.

Mais engajada é a defesa que da subjetividade jurídico-internacional do indivíduo faz Celso Albuquerque de Mello. Para ele, o ser humano singular

¹³⁴ Note-se que o livro data de 1985.

¹³⁵ AKEHURST, Michael. **Introdução ao direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 93s.

¹³⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

¹³⁷ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G. E. **Manual de direito internacional público**. 18. ed., de acordo com o Decreto n. 7.030, de 14-12-2009, e a Lei n. 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248-250.

deve ser considerado pessoa pelo DIP, por dois motivos: em razão da sua dignidade – é função do ordenamento jurídico internacional reconhecer e proteger os direitos fundamentais – e por força da própria noção de direito, obra do homem para o homem.¹³⁸

Sim, indivíduos possuem subjetividade jurídica de direito internacional público, dirá o mesmo Herdegen que nega a sua qualidade de titulares do direito a indenização conforme o Art. 3º da IV Convenção da Haia:

Na doutrina jurídica internacionalista atual, firmou-se o entendimento de que é perfeitamente possível que regras de direito internacional público gerem, de forma imediata, direitos e deveres para o indivíduo. (...) Verifica-se a existência de uma subjetividade jurídica de direito internacional do indivíduo especialmente quando um tratado de direito internacional público concede a indivíduos a possibilidade de, por si mesmos, perante uma corte internacional ou de outra forma [admitida] no plano do direito internacional, vindicar uma posição jurídica assegurada [também] por tratado.

Para concluir este tópico, reproduz-se a leitura razoável e clara que da questão faz Celso de Albuquerque Mello: “É o homem, pessoa internacional, como é o Estado, apenas a sua capacidade jurídica de agir é bem mais limitada que a do Estado”¹³⁹.

Assim, está resolvida a questão da subjetividade do ofendido: ela existe, ou, ao menos, existe na medida em que haja um tratado assegurando

¹³⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808ss. Entre as páginas 809-811, o autor oferece uma classificação das teorias favoráveis e contrárias ao reconhecimento de subjetividade jurídico-internacional ao indivíduo. V., exatamente no mesmo sentido JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 188: “*Personalidade legal internacional* é o simples reconhecimento da sua existência legal e da aplicação direta e indireta do DI [Direito Internacional, naturalmente], sendo igual a todos os sujeitos do DI. O que muda é a *capacidade legal internacional* de cada sujeito”.

¹³⁹ Na obra citada, p. 812. Sic.

ao primeiro a possibilidade de vindicar ele mesmo seus direitos no plano internacional.

Essa conclusão não responde, entretanto, a pergunta que se estava a trabalhar. Ela apenas exclui uma resposta negativa *in limine*.

Procedendo a uma nova tentativa de decidir corretamente como deve ser compreendido o Art. 3º da Convenção da Haia, apela-se para os passos tradicionais da metodologia interpretativa: 1) interpretação gramatical, 2) interpretação lógica; 3) interpretação sistemática; 4) interpretação histórica; 5) interpretação teleológica. Para facilitar o trabalho do leitor, reproduz-se novamente o artigo em questão:

Art. 3. A Parte beligerante que violar as disposições da supramencionada Regulação deve, caso necessário, ser responsável pelo pagamento de compensação. Ela deve ser responsabilizada por todos os atos cometidos pelas pessoas integrantes das suas forças armadas.¹⁴⁰

A interpretação gramatical é o “procedimento que visa estabelecer o sentido jurídico da norma interpretada com base nas próprias palavras que a expressam”¹⁴¹. Portanto, ela não é grande valia para solucionar o problema posto, uma vez que o artigo cala sobre quem é o titular do direito a compensação de que trata.

¹⁴⁰ Tradução do texto em inglês obtido no sítio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha - <http://www.icrc.org/ihl.nsf/full/195>. Último acesso em 24.10.2011, às 10:03 -, em cotejo com o texto oferecido por RANDELZHOFFER, Albrecht (Ed.). **Völkerrechtliche Verträge**. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010, p. 712. “Art. 3. A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces”.

¹⁴¹ COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 207.

Já a interpretação lógica, definida como “o procedimento interpretativo que procura descobrir o sentido da lei mediante a aplicação dos princípios científicos da lógica” ¹⁴², essa, sim, pode ser útil na solução do problema posto. Ela permite ao jurista encontrar soluções mediante a aplicação concreta dos princípios da lógica formal (princípio de identidade, princípio de não contradição, princípio do terceiro excluído e princípio da razão). Assim, mais especificamente, pode entrever-se uma solução para a pergunta através da construção de um argumento *a simili ad simile*.

O sistema de proteção dos direitos humanos criado pela Convenção (Europeia) para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais admite a chamada “reclamação individual” ¹⁴³. Por meio dela, qualquer associação, organização não-governamental ou mesmo indivíduo que tenha sofrido violação, por parte de alguma das partes contratantes, de algum dos direitos protegidos pela referida convenção pode dirigir-se à Corte Europeia de Direitos Humanos contra o Estado que a tiver perpetrado.

Para o caso de o Estado ofensor não ser o mesmo do qual o ofendido é nacional, ou seja, no caso de uma pessoa ter sofrido uma violação de um dos direitos salvaguardados pela convenção não pelo “seu” Estado, mas por um

¹⁴² COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 211.

¹⁴³ “**Article 34 – Individual applications.** The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.” **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols No. 11 and 14.** Disponível no sítio oficial da União Europeia, sob o endereço <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Word/005.doc>. Último acesso em 02.11.2011, às 16:08. Tradução livre: “**Artigo 34 – Reclamações individuais.** A Corte pode receber reclamações individuais de qualquer pessoa, organização não-governamental ou grupo de indivíduos afirmando serem vítimas da violação, por parte de uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos estabelecidos na Convenção ou os protocolos adicionais a ela. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não impedir, por quaisquer vias, o efetivo exercício desse direito”.

Estado estrangeiro, Herdegen mostra que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁴⁴ admite, a princípio, a responsabilização apenas quando “as pessoas atingidas encontrem-se ‘sob efetivos poder e responsabilidade’¹⁴⁵ do Estado-Parte da Convenção”¹⁴⁶ e, algo merecedor de especial destaque, que

De especial importância é a adstrição à Convenção Europeia de Direitos Humanos para as medidas de caráter militar no bojo de conflitos armados internacionais ou do exercício da posição de potência ocupante.¹⁴⁷ (traduzimos)

Na hipótese em estudo o Estado ofensor não é parte de nenhum tratado a não ser a Carta de São Francisco. Entretanto, se o fosse da Convenção (Europeia) para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não há dúvidas de que poderia procurar a Corte Europeia de Direito Humanos para, em nome próprio, postular reparação do Estado B pelos danos sofridos¹⁴⁸.

O argumento *a simili* a partir do sistema europeu não é, contudo, possível, uma vez que as práticas de respeito efetivo aos direitos humanos da

¹⁴⁴ O autor faz referência especificamente ao caso *Loizidou vs. Turquia*.

¹⁴⁵ “*Gewalt und Verantwortlichkeit*”.

¹⁴⁶ HERDEGEN, na obra citada, p. 387.

¹⁴⁷ “...für militärische Maßnahmen im Rahmen bewaffneter internationaler Konflikte oder bei der Ausübung von Besatzungsgewalt”. A tradução é livre. O último termo também se pode verter como “poder de ocupação”. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. ed. München: C.H. Beck, 2010, p. 387.

¹⁴⁸ Desde que tenham sido cometidas “dentro do espaço jurídico dos Estados-Partes” e depois de esgotadas as vias jurídicas internas do Estado ofensor. Cf. HERDEGEN, na obra citada, p. 387 e 383, respectivamente. As ofensas a direitos humanos cometidas no caso em estudo (aprisionamento injustificado, condução forçada para um país estrangeiro, lesões corporais, constrangimento à prestação de trabalhos forçados) chocam com os preceitos dos Artigos 2º (direito à vida, o qual, naturalmente, compreende o direito à integridade física), 3º (proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante), 4º (proibição da escravidão do trabalho forçado) e 5º (direito a liberdade e segurança) da Convenção assinada em Roma em 1950.

grande maioria dos países ainda – infelizmente – está longe de ombrear com a da União Europeia.

Não obstante isso, outros sistemas de proteção dos direitos humanos, como o da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o da Carta de Banjul¹⁴⁹, e, principalmente, sistemas com dimensões universais, como aquele criado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁵⁰, admitem a reclamação individual contra o país que tenha cometido violação de direitos humanos, desde que este tenha previamente ratificado cláusula de submissão à competência da comissão correspondente¹⁵¹.

Esse quadro permite concluir que a admissibilidade de reclamação individual por violação a direitos humanos é característica dos sistemas internacional e regionais de proteção a esses direitos que hoje tende, com grande força, à universalização. Assim, concluindo o raciocínio *a simili ad simile* na interpretação lógica do Art. 3º da IV Convenção da Haia, não seria de forma nenhuma absurdo admitir que uma pretensão oriunda do direito internacional humanitário seja efetivada pela mesma via.

¹⁴⁹ Cf. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 388s e 391, respectivamente.

¹⁵⁰ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ratificado por 167 Estados (Cf. UNITED NATIONS. **Treaty Series**. Vol 999 . p. 171, referido pelo sítio United Nations Treaty Collection, no endereço http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#6. Dentre os Estados de maior dimensão territorial ou populacional, apenas a China não o ratificou, embora o tenha assinado (Cf. HERDEGEN, na obra citada, p. 378).

¹⁵¹ No caso do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a cláusula de submissão encontra-se no Primeiro Protocolo Facultativo, ratificado pela maioria dos Estados-Partes ao Pacto. A Carta Árabe sobre Direitos Humanos, de 1994, é o único dentre os sistemas regionais que não prevê a possibilidade de admissão de queixa, seja por indivíduos, seja por outros Estados-Partes ao mesmo tratado. Há uma tradução da Carta Árabe sobre Direitos Humanos disponível no sítio da Biblioteca de Direitos Humanos da Universidade de Minnesota sob o endereço <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/arabcharter.html>. Último acesso em 05.11.2011, às 10:21.

Passa-se, agora, à interpretação sistemática da norma. A interpretação sistemática leva em conta a unidade do sistema jurídico, apreciando a disposição em estudo no contexto em que se insere, ou seja, olhando também para as disposições outras que com ela guardam alguma relação, seja de subordinação, de conexão ou de analogia¹⁵². Ao falar-se dos princípios do direito internacional ao qual a norma sob enfoque está subordinada, não se pode negar o fato de que a possibilidade de apresentar reclamação individual existe, hoje, ainda com base unicamente em direito estipulativo. Em poucas palavras, um indivíduo não pode processar seu próprio Estado, e, muito menos, um Estado estrangeiro, senão com a prévia anuência deste. Portanto, ainda vale a nota característica do DIP que, em 1955, Verdross mui precisamente chamava “mediatização do homem” pela comunidade a que pertence.¹⁵³

Dando continuidade à interpretação sistemática do Art. 3º da IV Convenção da Haia, a solução para a questão da titularidade mostra-se relativamente simples quando se lhe aplicam as linhas mestras da jurisprudência. A solução encontra-se nomeadamente no princípio geral do direito que estabelece o dever geral de reparar pelas lesões ilícitas a direito alheio, como estatuído no Artigo 189 do Código Civil brasileiro: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão”. O titular da pretensão é – como qualquer um pode intuir - o titular do direito violado.¹⁵⁴

¹⁵² Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 359.

¹⁵³ VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Madrid: Aguilar, 1955, p. 79s.

¹⁵⁴ Herdegen lembra que a maior parte dos princípios gerais de direito conforme o Art. 38, para. 1, letra “c” do Estatuto da Corte Internacional de Justiça resulta de estudo comparativo dos grandes sistemas de direito privado. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 159.

No direito internacional, porém, ao contrário do que acontece no direito interno, o titular são normalmente dois: a vítima e seu Estado, a primeira direta, o segundo, indiretamente. A vítima, diretamente lesionada em sua pessoa ou seus bens, está vinculada a um Estado, o qual é – ao menos - idealmente ferido pelo desrespeito a direito de nacional seu.

Por outro lado, no caso de violação ocorrida nesse plano, o ofendido – titular da pretensão de reparação – não dispõe de outros meios para fazer valer seu direito à reparação além de deixar que sua relação jurídica com o ofensor se intermedeie pela comunidade¹⁵⁵, pelo Estado a que está vinculado. Exceções a essa regra surgem quando os próprios sujeitos originários de direito internacional contratam a possibilidade de os indivíduos ofendidos pleitearem, eles mesmos, seu direito.

Todavia, no campo dos direitos humanos, como se mostrava acima, esse regime excepcional – o primeiro a gretar o princípio da mediatização do homem, conforme apontava Verdross mais de quatro décadas atrás¹⁵⁶ - vai, aos poucos convertendo-se em regra, ao ponto de André de Carvalho Ramos poder afirmar que

(...) [E]m um campo no qual *prevalece a proteção do indivíduo*, é claro que a responsabilidade internacional do Estado deve também ser pautada pela aceitação da titularidade da *vítima* do direito de obter a reparação.

(...)

De acordo com a teoria geral da responsabilidade internacional, o Estado infrator deve indenização financeira ao Estado vítima, caso

¹⁵⁵ Verdross define Estado soberano como “uma *comunidade humana* completa e duradoura, com governo plenamente autônomo, que não tem outra autoridade terrena sobre si além do direito das gentes, unida por uma ordem jurídica efetiva e organizada de tal forma que possa participar do intercâmbio [*Verkehr*] do direito das gentes”. VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. Fünfte, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Springer, 1964, p. 191s. Na página 127 da mesma obra, o autor fala do Estado como “comunidade mais superior” (*oberste Gemeinschaft*) na qual o indivíduo está inserido.

¹⁵⁶ Cf. VERDROSS, **Derecho internacional público**. Madrid: Aguilar, 1955, p. 79s.

ainda o dano não tenha sido reparado pela restituição na íntegra. Já na responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, a indenização é devida não a um Estado vítima, mas sim ao indivíduo titular do direito protegido, que foi violado por conduta imputável do Estado autor.¹⁵⁷

Adiante, o caminho da interpretação histórica leva de novo ao texto de Cançado Trindade explicando a *voluntas legislatoris* traduzida no Artigo 3º da IV Convenção: conferir o direito de reparação por violações do direito internacional humanitário imediatamente aos indivíduos. Fica, porém, em aberto a pergunta: se foi essa, de fato, a vontade dos signatários da IV Convenção da Haia ao estabelecer o texto do Art. 3º, a que corte tinham eles em mente que as vítimas dessas violações poderiam ou deveriam recorrer para exigir reparação?¹⁵⁸

Em último lugar vem a interpretação teleológica. Trata-se, segundo Ascensão¹⁵⁹, de encontrar a justificação social de uma norma, o “para quê” de sua criação. A procura da finalidade da norma em estudo pode levar a ver que, caso seja o Estado e não o indivíduo o destinatário da reparação, pode ocorrer¹⁶⁰ que a quantia paga ou qualquer outra prestação realizada pelo Estado ofensor a esse título simplesmente não gere nenhum tipo de proveito para o ofendido. O Estado goza de soberania. Não tem, portanto, qualquer obrigação de transferir ao ofendido os valores pagos como indenização. Se uma situação como essa vier de fato a ocorrer, a justiça terá sido realizada

¹⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 248.

¹⁵⁸ Responder a essa pergunta neste trabalho seria admitir uma divagação demasiado distante da estrutura central do raciocínio que se deseja propor; logo fazê-lo seria, além de relativamente irrelevante, epistemologicamente reprovável.

¹⁵⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 362.

¹⁶⁰ Como de fato ocorreu no caso Ferrini.

formalmente, mas, materialmente, permanecerá o estado de desarmonia provocado pela violação.

Além disso, a razão de ser das normas de direito internacional humanitário - e, no caso em estudo, está-se tratando precisamente da violação de regras de *jus in bello* – “não é proteger interesses dos Estados”, dirá Orakhelashvili, mas “proteger seres humanos pela razão de serem seres humanos”¹⁶¹.

O mesmo autor assegura (por esse motivo) que as regras de direito internacional humanitário constituem direito cogente¹⁶², ou seja, regras de direito internacional sobre as quais a vontade estatal não pode dispor, vez que, à semelhança da ordem pública no direito interno, salvaguardam interesses da comunidade internacional como um todo. Essa é mais uma razão pela qual o direito internacional humanitário e, mais especificamente, a regra em análise podem constituir uma exceção ao princípio da mediatização do indivíduo de que se falava acima.

Afinal – repetindo as palavras de Verdross na introdução à quinta edição de seu *Völkerrecht* -, a proteção dos direitos humanos no plano do *ius gentium* está, pois, “ordenada a salvaguardar a dignidade e a liberdade da pessoa humana em face do coletivo estatal”.¹⁶³

Interpretação lógica, sistemática, histórica e teleológica levam, por conseguinte, à conclusão de que o titular primeiro e principal da pretensão do

¹⁶¹ A aliteração deve-se à dificuldade de traduzir a formulação original, embora esteja muito bem construída: “International humanitarian law is not intended to protect State interests; it is primarily designed to protect human beings *qua* human beings”. Cf. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 61.

¹⁶² Cf. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 61.

¹⁶³ VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. Fünfte, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Springer, 1964, p. IV.

direito de reparação consignado no Artigo 3º da IV Convenção da Haia são os indivíduos cujos direitos foram atingidos por violações ao *jus in bello*.

4.2.3 Existência de tratado

Esse ponto não apresenta qualquer dificuldade, pois a existência de tratado integra a própria hipótese.

4.2.4 Existência de choque entre a cláusula de renúncia e o Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969

4.2.4.1 Norma

Verificadas a existência de ofensa e de obrigação de reparar no plano do direito internacional, bem como a titularidade principal dos indivíduos ofendidos sobre a pretensão de reparação, e ainda a existência de tratado contendo cláusula de renúncia dessa mesma pretensão, passa-se agora ao exame da existência de conflito entre essa cláusula e o Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. A seguir, o texto da *waiver clause* e o do Art. 53 da CVDT:

O Estado A renuncia em seu nome e em nome dos seus nacionais a todas as pretensões contra o Estado B e nacionais deste pendentes em 1 de janeiro de 2012, com exceção daquelas oriundas de contratos e de outras obrigações firmadas e direitos adquiridos antes de 31 de dezembro de 2011. Deve-se considerar essa renúncia como incluindo dívidas, todas as pretensões intergovernamentais respectivas a acordos firmados no curso da guerra entre o Estado A e o Estado B, e todas as pretensões por perda ou dano surgidas durante a guerra.

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Uma cláusula de tratado chocar com o Art. 53 da CVDT equivale a dizer que essa cláusula viola norma de *jus cogens*, espécie normativa internacional ali definida.

Porém antes de verificar a violação a norma de *jus cogens* especificamente, parece razoável inquirir se a referida disposição viola *alguma* norma de direito internacional público, seja esta de que natureza for.

Não se pode dar início à procura por tal resposta em outro lugar que não o Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, onde estão enumeradas as fontes do direito internacional público:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

(...)¹⁶⁴

O direito estipulativo (letra “a” do para. 1º do artigo transcrito), no caso em estudo, dirá que a cláusula de renúncia não contraria o direito internacional, pois foi precisamente isso – a renúncia – o que soberanamente acordaram as

¹⁶⁴ Omitiram-se propositadamente do rol aquelas a que Herdegen chama “fontes de conhecimento do direito” (“*Rechtserkenntnisquellen*”) (cf., na obra citada, p. 117), a fim de limitar o campo de análise, quais sejam as “decisões judiciais” (internacionais) e a “doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações”.

partes contratantes. Apenas duas situações poderiam, individual ou simultaneamente, falsear essa afirmativa: o conflito com tratado posterior (CVDT, Art. 30) e o conflito com a Carta da ONU (Art. 103 da própria Carta).

A primeira dessas situações não precisa ser analisada: os dois Estados envolvidos não ratificaram nenhum tratado além da Carta da ONU. Já no que tange à segunda, parecem ter relevância para a valoração jurídica da cláusula de renúncia os seguintes artigos da Carta de São Francisco:

CAPÍTULO I

PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para **promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião**; (grifo nosso)

CAPÍTULO IX

COOPERAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL INTERNACIONAL

Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

c) **o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos**, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (grifamos)

Especialmente o termo “efetivo”, na letra “c” do Artigo 55 parece apontar para a inadmissibilidade de atos estatais que tenham por efeito sedimentar uma situação de violação de direitos humanos.

Ao adentrar o âmbito do direito consuetudinário, é preciso primeiro postergar a análise dos dispositivos da CVDT – a maioria dos quais já adquiriu o *status* de normas costumeiras¹⁶⁵ - referentes a *jus cogens*¹⁶⁶ (a saber, Arts.

¹⁶⁵ HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 121. O autor aduz que, como já se mencionou, de um lado a CVDT veio apenas codificar direito costumeiro, e, de outro, naquilo que trouxe de mais específico ou mesmo novo, tanto o número de Estados-

44, 53, 64, 66 e 71) e, mais amplamente, tudo o que disser respeito a normas peremptórias de direito consuetudinário, nas quais se deverá aprofundar num segundo momento.

Como já se disse anteriormente, tanto a IV Convenção da Haia, de 1907, quanto as quatro Convenções de Genebra de 1949 integram o direito internacional costumeiro¹⁶⁷. O Art. 3º da IV Convenção da Haia, de outra parte, como se procurou demonstrar nas seções precedentes, gera direitos de reparação imediatamente para as vítimas de violações do direito internacional humanitário.

Assim, é lógico pensar que um tratado pelo qual um Estado renuncia a pretensões de reparações de nacionais baseadas no referido Art. 3º torna ineficaz o referido artigo, esterilizando sua força protetiva. Tanto é assim que, à semelhança do que ocorre com o direito do trabalho interno, o indivíduo não pode abrir mão das pretensões de reparação de que seja titular em virtude de ter sido vítima de crimes de guerra:

As pessoas protegidas não podem, em circunstância alguma, renunciar em parte ou no todo aos direitos assegurados a elas pela presente Convenção.¹⁶⁸ (traduzimos)

Haveria aqui, portanto, um conflito de norma estipulativa com norma consuetudinária de direito internacional. A princípio, prevalece aquela, pode-se

Partes a ela quanto a prática internacional uniforme fizeram com que os dispositivos dessa Convenção ganhassem, em sua quase totalidade, o caráter de direito internacional costumeiro.

¹⁶⁶ Mesmo que o Art. 53 da CVDT não fosse direito costumeiro, não se pode olvidar que as normas de *jus cogens* são imperativas e inderrogáveis, e o Art. 53, um parâmetro de verificação de sua incidência, de modo que um Estado não poderia simplesmente escudar-se sob a sua não-adesão à CVDT para violá-las impunemente.

¹⁶⁷ Cf. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 420s e JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr, 2000, p. 555.

¹⁶⁸ IV Convenção de Genebra de 1949, Art. 8. Tradução livre da versão inglesa.

afirmar com base no argumento *lex specialis derogat generali* ¹⁶⁹. Exceção a essa regra surge quando a norma que se quer derrogar faz parte da ordem pública internacional, hipótese que se vai verificar mais adiante. ¹⁷⁰

Os princípios gerais do direito oferecem melhores subsídios para a análise da questão fora do âmbito do direito cogente.

Em primeiro lugar, o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre postest quam ipse habet* – ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que ele próprio possui ¹⁷¹. O emprego desse princípio, numa leitura meramente gramatical, não pode pecar senão pela lhanza: se o Estado não é nem o titular primeiro nem o principal da suprarreferida pretensão de reparação, como poderá ele abrir mão dela?

¹⁶⁹ Cf. HERDEGEN, na obra citada, p. 118; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 254. Sobre o argumento da *lex posterior*, v. GRAF VITZTHUM, Wolfgang (Ed.). **Völkerrecht**. 4. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2007, p. 77, para. 154.

¹⁷⁰ Foge tanto aos propósitos quanto às possibilidades deste trabalho pesquisar mais amplamente a renúncia a pretensões oriundas de violações do direito internacional humanitário na prática real dos Estados. O que se pode garantir é unicamente que, com exceção da referência à conclusão de tratados com cláusulas de renúncia semelhantes realizada pelas Potências Aliadas com outros países envolvidos na Segunda Guerra Mundial, com interpretação restritiva, as partes ao caso em tela, nas peças processuais relatadas, nada aventam a respeito desse tema. Cf. item 2.2.4 e INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Observations of Italy on the Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy's Counter-Claim**, 18.05.2010, p. 21, disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16021.pdf>. Último acesso em 24.10.2011, às 11:04.

¹⁷¹ Em seu manual, Rezek remete esse princípio a uma necessidade lógica do direito. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136s.

A resposta a essa pergunta é quase igual à formulada para o problema da aparente violação de norma de direito consuetudinário: em não se tratando de *jus cogens*, a vontade estatal é onipotente.¹⁷²

O segundo princípio geral do direito que poderia ser utilizado para solucionar a questão posta, André de Carvalho Ramos vai buscá-lo no livro primeiro do Digesto: *omne ius hominum causa constitutum*¹⁷³ – é em função do ser humano individual – não da coletividade personificada – que todo o direito está constituído. Em pleno século XXI não é mais admissível a lógica maquiaveliana que admitia o sacrifício de bens fundamentais dos indivíduos em prol da estabilidade do Estado.¹⁷⁴

Em último lugar vem o princípio geral¹⁷⁵ de que a lesão a direito introduz na ordem social uma relação de desordem e desarmonia, que deve ser elidida mediante a *conversio* do agente injusto, ou seja, o reconhecimento da ofensa à condição de sujeito de direito do ofendido, na qual está contida a vontade eficaz de reparação¹⁷⁶. Trata-se, dito de maneira mais simples, do dever geral de reparar pelas lesões injustas a bem alheio.

¹⁷² Sobre esse ponto de vista, v. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 394, ao final, onde se recolhe também o pensamento de Suy sobre o tópico.

¹⁷³ **Digesto**, Livro 1, 5, 2. RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 249. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808.

¹⁷⁴ “Todos os deveres da autoridade comunitária têm, porém, o mesmo objetivo, a saber, servir ao *télos* do ser humano”, “(...) a comunidade é apenas um meio para forjar as bases sociais sobre as quais os seres humanos podem levar uma existência humanamente digna”. VERDROSS, Alfred. **Abendländische Rechtsphilosophie**. Wien: Springer, 1958, p. 229s.

¹⁷⁵ Faz-se referência a esses princípios também em INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy). **Preliminary Objections of the Federal Republic of Germany Regarding Italy’s Counter-Claim**. 10.03.2010, p. 21 e 33.

¹⁷⁶ HERVADA, **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 201.

Como se disse acima, a vontade de reparação que a *conversio* comporta tem a nota da eficácia. Consequência prática disso é que renunciar, em nome dos próprios nacionais, à pretensão de reparação por lesão a direito fundamental significa negar a *debitude* e a *exibibilidade* da ordem do dever-ser inerente à pessoa humana, o que por sua vez, diz Hervada, é o mesmo que reduzir a nada a dignidade da pessoa humana¹⁷⁷. Portanto, isso é inadmissível. O ser humano nunca pode ser usado como meio, como um dos fatores do cálculo: ele é sempre “um fim em si mesmo”¹⁷⁸. Porém, na prática, como diz Cançado Trindade, repetindo palavras de McNair, “o que importa são os recursos de que dispõe a pessoa humana para fazer valer seus direitos”¹⁷⁹.

Após esse exame, fica, pois, clara a intersecção existente entre os princípios gerais de direito e as normas de *jus cogens*, cujo possível conflito com a cláusula de renúncia hipotetizada será objeto de estudo no item subsequente.

4.2.4.2 Norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto

O critério formal para distinguir as normas de *jus cogens* das demais normas que compõem o direito internacional público objetivo é, segundo Orakhelashvili, o seu caráter inderrogável¹⁸⁰. No entanto, o aspecto formal

¹⁷⁷ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 328.

¹⁷⁸ Cf. MARITAIN, citado por MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 808.

¹⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 248.

¹⁸⁰ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 44. No mesmo sentido, cf. THIERRY, Hubert. **Cours Général de Droit International Public**. *RCADI*, t. 222, 1990-III, p. 59, citado por FRIEDRICH, Tatyana Scheila.

dessas normas não é, para o mesmo autor, mais de que uma consequência do seu conteúdo substantivo: o interesse jurídico da *comunidade* que a norma peremptória vem proteger.

Mas o que é a “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto”?

Trata-se de uma exigência que corresponde à generalidade e à amplitude das normas de *jus cogens*, o qual, segundo João Grandino Rodas, “exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais”.¹⁸¹

Para efeitos práticos, “comunidade internacional dos Estados no seu conjunto” significa a “grande maioria dos Estados”¹⁸², exprimindo “a conjugação dos valores de todas as diferentes visões da humanidade, ainda que não esteja representada em sua plenitude”¹⁸³.

Quanto ao caso em análise, não resta dúvida de que o direito internacional humanitário corresponde a um desses interesses da comunidade internacional com força suficiente para sobrepujar a eventual vontade contrária de Estados isolados ou reunidos em pequenos grupos.¹⁸⁴

As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 35.

¹⁸¹ RODAS, João Grandino. *Ius Cogens* em Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. LXIX, fasc. II, 1974, p. 125, citado por FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público:** jus cogens. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 125.

¹⁸² ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 105.

¹⁸³ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público:** jus cogens. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 34.

¹⁸⁴ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 47 e 61.

A grande maioria da doutrina entende que esse ramo do direito [o direito internacional humanitário] tem caráter de *jus cogens*, no todo ou em parte – tal como acontece com os direitos humanos.¹⁸⁵

A pergunta que surge é se essa força se comunica também às pretensões oriundas de violações do direito internacional humanitário. A resposta parece ser “sim”, já que, do contrário, corre-se o risco de esvaziar esse ramo do direito internacional de sua força protetiva, como já se disse acima:

“Qualquer pretensão renúncia, por um Estado, de direitos inerentes à pessoa humana (...) contrariaria a *ordre public* internacional e estaria privada de quaisquer efeitos jurídicos”.¹⁸⁶

Como se pode verificar pelo texto transcrito acima, esse é o parecer que sobre a questão apresenta o Juiz Cançado Trindade.

4.2.4.3. Norma de que nenhuma derrogação é permitida

Essa expressão significa que, quanto às normas de *jus cogens*, “não se admite nenhum tipo de limitação, seja ela total ou parcial”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Direito internacional humanitário e normas imperativas (*jus cogens*): uma identificação possível? In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (Orgs.). **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 264. Especificamente sobre as Convenções de Genebra, v. ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 90.

¹⁸⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade** (referente ao Despacho de 06.07.2010), para. 124. Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16031.pdf>. Último acesso em 24.10.2010, às 11:33.

¹⁸⁷ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 35. A autora mostra que, neste ponto, não é relevante a distinção do espanhol e do português jurídicos entre ‘derrogar’ e ‘ab-rogar’.

Como os exames anteriores intentaram evidenciar, quando se trata de direito internacional humanitário, renunciar o Estado sem mais a pretensão de reparação de nacional seu equivale a limitar essas normas fundamentais em seus efeitos, seja pela impunibilidade daí advinda (afinal a reparação por esse tipo de lesão assemelha-se aos *punitive damages* norteamericanos), seja pela perpetuação do estado de desarmonia introduzido pela violação.¹⁸⁸

Afora isso, as normas peremptórias relativas à dignidade humana não podem ser renunciadas nem mesmo pelo sujeito interessado¹⁸⁹, verdadeiro titular da pretensão de reparação.¹⁹⁰ *A fortiori ratione*, de que forma poderia, então, o Estado querer renunciar a elas?

Assim sendo, a renúncia pelo Estado a pretensão de nacional seu oriunda da violação de dispositivos fundamentais de direito internacional humanitário seria inadmissível, vez que conflita com norma imperativa de direito internacional público.

Normas peremptórias, especialmente o direito humanitário, proíbem a renúncia a pretensões, especialmente com respeito a reparações. O Estado diretamente lesado não tem direito de relevar [*waive*]

¹⁸⁸ Uma terceira hipótese é a seguinte: o Estado renuncia à pretensão do seu nacional em tratado sinalagmático pelo qual obtenha proveito econômico. Se o dinheiro for repassado pelo Estado ao nacional vítima da violação de *jus in bello*, a esse título, parece clara a extinção do débito.

¹⁸⁹ Cf. DOEHRING, citado por ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 597.

¹⁹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy). **Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade** (referente ao Despacho de 06.07.2010), p. 33, para. 116. Disponível na internet, no sítio da Corte Internacional de Justiça, sob o endereço <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16031.pdf>. Último acesso em 24.10.2010, às 11:33.

infrações às leis da guerra, e fica aberto à sua discricção decidir quando vai deduzir suas pretensões.¹⁹¹

Portanto, o resultado da análise da hipótese é que, uma vez que o ofendido sofreu, por parte do Estado B, lesões que contrariam os Artigos 27, 49 e 51 da IV Convenção de Genebra de 1949 e o apêndice da IV Convenção da Haia de 1907, as quais configuram normas peremptórias de direito internacional público, a cláusula de renúncia contida no tratado celebrado entre o Estado A e o Estado B, mediante a qual se pretende renunciar, em nome do ofendido, às pretensões de que, por força do Art. 3º da supramencionada Convenção da Haia, ele é o primeiro e principal titular, por conflitar com o dispositivo do Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, à qual os dois Estados estão vinculados por direito costumeiro, é nula e, em virtude do mesmo dispositivo, torna nulo todo o tratado em que está contida¹⁹².

¹⁹¹ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 397.

¹⁹² ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 395.

5 CONCLUSÃO

O relato do caso “Imunidades Jurisdicionais do Estado” (Alemanha v. Itália), na primeira parte do trabalho, apresentou a disputa no *status* em que se encontrava em junho de 2011, conforme se ressaltou na introdução. Após essa data, destacaram-se dois movimentos processuais: o deferimento do pedido de intervenção da Grécia, que poderá participar do feito como assistente simples (*non-Party*), e a realização de audiências públicas, que tiveram lugar no Palácio da Paz entre 12 e 16 de setembro de 2011.

Consequente, no momento o processo encontra-se em fase de deliberação por parte da Corte.

A sentença de “Imunidades Jurisdicionais do Estado” muito provavelmente não fará qualquer referência à hipótese levantada sem pejo por Cançado Trindade: o choque entre a cláusula de renúncia contida no Tratado de Paz com a Itália e *jus cogens*, à época da celebração do acordo. Entretanto, os juízes não se poderão subtrair à resposta para a questão levantada pela *Corte di Cassazione*: sustenta-se a imunidade jurisdicional dos Estados quando o assunto em jogo são graves violações do direito internacional humanitário?

Outro tópico interessante que o estudo dos autos trouxe à tona é a questão da reconvenção. A prática dos Estados parece estar-se valendo desse meio processual para burlar o pressuposto processual da submissão à jurisdição da CIJ por meio da ampliação do escopo do litígio. Se, por um lado, essa prática certamente levanta dúvidas sobre a sua compatibilidade com o princípio Lotus, de outro lado, parece necessário levar em conta que um uso mais frequente da reconvenção poderia permitir à Corte da Haia julgar mais e melhor.

Da segunda parte do trabalho destaca-se a relevância das contribuições de Orakhelashvili para a teorização do *jus cogens*. O autor mostrou-se capaz de sistematizar as normas peremptórias tanto interna – elencando e explicando suas notas essenciais e a relação guardam essas notas entre si – quanto externamente – identificando a sua posição no ordenamento jurídico internacional e a forma como se entremeiam com as demais normas de *jus gentium*.

Demais, da análise da hipótese proposta na terceira parte do trabalho, tira-se como consequência a completa inadmissibilidade – ao menos no plano teórico – da renúncia de direitos humanos básicos dos indivíduos por parte do Estado de sua nacionalidade.

Todavia, contra essa conclusão aparentemente tão determinada levantam-se duas objeções: primeiro, que a prática real dos Estados é outra, bem diferente; segundo, que a impossibilidade de renunciar a pretensões de reparação poderia prolongar ou reavivar situações de atrito entre nações que outrora se digladiaram num conflito armado.

A primeira das objeções é de fato cabível. Para citar ao menos um exemplo concreto, pode-se falar do “Tratado de Paz com o Japão”. É, a bem dizer, sabido que a destruição de Hiroshima e Nagasaki pelas Potências Aliadas mediante o emprego de bombas nucleares, que dizimou quase por completo a população das duas cidades nipônicas, foi um crime de guerra¹⁹³. Entretanto, em 08 de setembro de 1951, foi celebrado em São Francisco o

¹⁹³ V., por exemplo, VERDROSS, Alfred. **Völkerrecht**. Fünfte, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Springer, 1964, p. 479: “o emprego de armas nucleares só é admissível quando os seus efeitos *puderem* ser limitados essencialmente à potência armada e a objetos militares”. Na mesma linha de raciocínio, reproduzindo as ideias contidas no parecer da CIJ sobre o tema, v. HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 428.

“Tratado de Paz com o Japão”, em cujo Art. 19(a) estipulou-se a renúncia, por parte do Japão, de quaisquer pretensões individuais oriundas desse fato.¹⁹⁴

Porém, diferentemente do que ocorrera com o Tratado de Paz com a Itália, no momento em que o Japão assinou essa renúncia, já tinha sido proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Em 1952, quando foi celebrado o *Peace Treaty with Japan*, “o direito internacional já incluía o catálogo dos direitos humanos dos indivíduos, protegendo-os na enquanto indivíduos”¹⁹⁵. Se, para Cançado Trindade, a *waiver clause* do Tratado de 1947 violou *jus cogens*, quanto mais não o fez o “Tratado de Paz com o Japão”?

Esse não é, contudo, o ponto de vista da Corte Distrital de Tóquio. E tampouco é o ponto de vista da Suprema Corte Americana.¹⁹⁶

Quanto à segunda objeção, de que a efetivação da pretensão pode ser causa de prolongamento de situações de atrito internacional ou reavivamento de páginas inglórias do passado dos Estados, pode-se apenas apontar para o nível prudencial do conhecimento jurídico, consoante ensina Hervada:

A efetiva realização da ordem social justa (...) exige uma decisão. Por isso, o momento realizador da ordem social justa não se limita ao nível ontológico nem à ciência jurídica. Pelo contrário, ambos destinam-se por tendência à referida decisão realizadora. Essa

¹⁹⁴ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p.394.

¹⁹⁵ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 394.

¹⁹⁶ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 392,395. O autor alude ao caso *Shimoda*, em que a referida corte foi provocada a decidir sobre a questão.

decisão, como ação humana, é efeito da participação da vontade e do entendimento: o querer e o saber. O primeiro é orientado pela justiça como bem para o qual se tende; o segundo é regido pela prudência, como norma ou virtude do agir com retidão.¹⁹⁷

O jurista agora se pergunta: o que seria mais prudente, fazer-se surdo ao clamor da injustiça para não ressuscitar ódios passados ou assumir esse risco para levar a cabo o *suum cuique tribuere*? Qual seria a melhor solução, na prática: soterrar a injustiça para obter a paz, ou procurar a paz mediante a realização da justiça?

Com Orakhelashvili¹⁹⁸, inclinamo-nos para a segunda opção.

¹⁹⁷ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 419.

¹⁹⁸ ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006, p. 392.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 11. ed. rev. pelo Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. São Paulo: Saraiva: 1982.

AKEHURST, Michael. **Introdução ao direito internacional**. Coimbra: Almedina, 1985.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. revista, corrigida e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G. E. **Manual de direito internacional público**. 18. ed., de acordo com o Decreto n. 7.030, de 14-12-2009, e a Lei n. 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CREIFELDS, Carl (ed.). **Rechtswörterbuch**. 8. ed. München: C.H. Beck, 1986.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____, Tatyana Scheila. Direito internacional humanitário e normas imperativas (*jus cogens*): uma identificação possível? In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney (Orgs.). **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

GRAF VITZTHUM, Wolfgang (Ed.). **Völkerrecht**. 4. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2007.

GROOT, Hugo de. **Voorrede tot de drie boeken over het recht van oorlog en vrede**. In het Nederlandsch vertaald door Mr A. Dirkzwager en Czn Nielson met een toelichting over de beteekenis van het werk door Mr G. Belzer. The Hague: Martinus Nijhoff, 1952, p. 74.

HERDEGEN, Matthias. **Völkerrecht**. 9., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: C. H. Beck, 2010.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. **Yearbook of the International Law Commission 2001**. New York, Geneva: United Nations, volume II, part two, 2007.

IPSEN, Knut. **Völkerrecht**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: University Press, 2006.

PUFENDORF. **Of the law of nature and nations eight books**. The fourth edition, carefully corrected. Done into English by Basel Kennett. London: [s.n.], 1729.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RANDELZHOFFER, Albrecht (Ed.). **Völkerrechtliche Verträge**. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENNA, Pasquale de; VITTOR, Francesca de. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case. **The European Journal of International Law**. Oxford: University Press, vol. 16, n. 1, p. 89-112, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Madrid: Aguilar, 1955.

_____, Alfred. **Völkerrecht**. Fünfte, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Springer, 1964.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Akehurst, 77

D

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 70

Direito internacional costumeiro
 Convenções de Genebra, 67-68
 IV Convenção da Haia, 91

G

Grócio, 13-14

H

Hervada, 93-94, 102

I

Imunidade jurisdicional e *jus cogens*, 20-22

J

Jus cogens
 definição, 55
 direito internacional
 humanitário como *jus cogens*, 95-96
 ordem pública internacional, 56

O

Obrigações absolutas, 59
 Obrigações *erga omnes*, conceito, 60
 Obrigações integrais, conceito, 59
 Omne ius hominum causa constitutum, 93

P

Par in parem non habet iudicium, 22
 Pufendorf, 53-54

R

Reconvenção
 natureza jurídica e
 características. 47ss
 requisitos de admissibilidade, 23s
 Renúncia
 a direito internacional
 humanitário, 91, 97-98

S

Sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, 81-83
 Stipulatio, 52
 Subjetividade jurídico-internacional, 76ss
 do indivíduo, 78ss

T

Tratados de conteúdo especialmente relevante, 58

V

Vattel, 54
 Verdross, 54, 66, 84, 100
 Vattel, 54

OPVS * IVSTITLÆ * PAX